Sin embargo, no fue sino hasta que se empezaron a conocer los casos de violencia sexual masiva en la Ex Yugoslavia (TPEY) y Ruanda (TPR) en que se empezó a hablar expresamente de la violencia sexual como un crimen de lesa humanidad o de guerra, según fuera el caso.

En el caso del TPEY, este tribunal fue establecido en 1993 y su Estatuto se ocupa de los crímenes contra la humanidad en el artículo 5, incluyendo entre aquellos las violaciones sexuales[213]. Cabe señalar que esta norma limita la jurisdicción del tribunal sobre estos crímenes cuando estos fueran cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil.

En el caso del TPR, su estatuto incluye las violaciones como crímenes de lesa humanidad en el artículo 3, aunque –a diferencia del TPEY- no limita su jurisdicción a que los hechos se cometan en el contexto de un conflicto armado. Asimismo, establece que estos deben dirigirse contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso[214].

Cabe destacar que la jurisprudencia de ambos tribunales constituye una contribución importante a la definición de la violencia sexual, así como a su tratamiento procesal. De hecho, en esta jurisprudencia se consagró que la violación y otras formas de abuso sexual se encuentran entre los delitos más graves, habiéndose procesado a personas por violación y otras formas de violencia sexual *"como elementos constitutivos de genocidio, tortura y otros actos inhumanos"*[215].

Así por ejemplo se tiene el caso *Tadic*[216] ante el TPEY, relativo a casos de violación y abusos sexuales cometidos en las prisiones de Omarska y Trnopolje, en contra de mujeres bosnia croatas y bosnia musulmanas. Al respecto, es importante señalar que el TPEY no recurrió a la afirmación común de

---

213 Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad. Resolución 827, 25 de mayo de 1993.
Artículo 5. Crímenes contra la humanidad: El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil:
a) Asesinato;
b) Exterminación;
c) Reducción a la servidumbre;
d) Expulsión;
e) Encarcelamiento;
f) Tortura;
g) Violaciones;
h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
i) Otros actos inhumanos

214 Estatuto Internacional adoptado por el Consejo de Seguridad. Resolución 955, 1994. Artículo 3. Crímenes contra la humanidad
El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:
a) Asesinato;
b) Exterminación;
c) Reducción a la servidumbre;
d) Expulsión;
e) Encarcelamiento;
f) Tortura;
g) Violaciones;
h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
i) Otros actos inhumanos.
Véase: http://www.derechos.org/nizkor/ley/ruanda.html

215 AMNISTÍA INTERNACIONAL. La violencia contra las mujeres en los conflictos armados. No más violencia contra las mujeres. 2004, p. 101.
http://www.amnistiainternacional.org/publica/muj_conflictos/parte4.pdf

216 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Caso Tadic. Trial Chamber. Judgement. 7 de mayo de 1997 (it-94-i-it) http://www.balkan-archive.org.yu/kosta/pisma/970507jt.htm, visitada el 10 de enero de 2007.

que la violación es un acto fortuito o arbitrario en el contexto de una guerra.

En el caso *Foca*[217], la acusación llevó cargos por violación sexual como tortura y esclavitud y otras formas de violencia sexual, como la desnudez forzada y el entretenimiento sexual como tratamiento inhumano.[218] En este caso, luego de escuchar el testimonio de 25 mujeres, el TPEY encontró que los acusados Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic eran culpables de la violación sexual de mujeres y niñas musulmanas en la localidad de Foca, ubicada al este de Bosnia-Herzegovina. Asimismo, el TPEY reconoció que la violación y la esclavitud sexual constituyen crímenes contra la humanidad[219].

Uno de los méritos de este caso es que brinda información en cuanto al tema del consentimiento. En este sentido, frente al argumento de la defensa del acusado que sostuvo que la resistencia de la víctima debía haber sido real durante todo el acto sexual porque de otra forma se podía concluir que ella había consentido, la sentencia enfatizó que la violación de la autonomía sexual debía ser sancionada y que hechos de fuerza, amenaza o coerción anulaba cualquier indicio de consentimiento.

Asimismo, el caso brinda información en relación a la valoración de la prueba, ya que el tribunal no aceptó el argumento de los acusados quienes sostenían que el sufrimiento debía ser visible, porque consideraron que algunos actos –como la violación sexual- establecen por sí mismos el sufrimiento de las víctimas. En este sentido, el tribunal consideró como probado el sufrimiento aún sin un certificado médico, estableciendo que la violencia sexual daba lugar a dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, considerando entonces que con solo probar la violación se probaba el elemento de sufrimiento severo que configura la tortura. [220]

Por su parte, el TPEY, en el caso *Celebici*[221], reconoce que la violación infringe sufrimiento físico y psíquico, y que en situaciones de conflicto armado, cuando ésta ocurre con el consentimiento o la aquiescencia de un oficial, cumple con el elemento de intencionalidad propia de la tortura. El TPEY sostuvo, además, que cuando esta violencia es cometida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres, se verifica además, el propósito de la discriminación por razones de género como la finalidad de la tortura.

En el caso del TPR, se tiene la sentencia *Akayesu*[222] en la que por primera vez se reconoce que los actos de violencia sexual pueden ser elementos constitutivos del genocidio, si se cometen con el propósito específico de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado al que se toma como objetivo[223], causándole graves daños corporales o mentales a sus miembros.

---

217 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Caso Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic (IT-96-23&23/1) "Foca", Trial Chamber, judgement. 12 de junio de 2002. http://www.un.org/icty/foca/appeal/judgement/kun-aj020612e.pdf, visitada el 12 de enero de 2007.

218 Para una revisión completa de la jurisprudencia del Tribunal visitar http://www.un.org/icty/

219 OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Derechos de la Mujer. Bogotá, 2002, párrafo 40.

220 OBANDO, Ana Elena. Ponencia realizada para el Seminario Internacional sobre la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma: Adecuación de la Legislación Peruana, 22 de agosto de 2002. http://www.iccnow.org/espanol/ponencias/Ana_Obando.pdf, visitada el 14 de febrero de 2006.

221 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Caso Celebici. 16 de noviembre de 1998. http://www.un.org/icty/pressreal/p364-e.htm, visitada el 12 de enero de 2007.

222 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Caso Akayeshu, Trial Chamber. Judgement. 2 de setiembre de 1998. ICTR-96-4-T. http://69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/ak81002e.html, visitada el 12 de enero de 2007.

223 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer E/CN.4/2001/73. 23 de enero de 2001. Informe de la Sra. Radhika COOMARASWAMY, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias. La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000).

Asimismo, se consideró que la violación podía, en ciertos contextos o por la forma en que se lleva a cabo, tener como finalidad la de evitar nacimientos dentro de un grupo. En este sentido, en sociedades donde la etnia era determinada por la identidad del padre, el violar a las mujeres con el objeto de embarazarlas implicaba dar luz a un niño o niña que finalmente no pertenecería a su propio grupo. La violación sexual, con su potencial de producir infertilidad o de hacer imposible la relación sexual, así como para someter a mujeres sicológica y culturalmente e incapacitándolas para la reproducción, también podía ubicarse dentro de las medidas para impedir nacimientos en el seno de un grupo[224].

De otro lado, debe mencionarse que las reglas de procedimiento y prueba de estos tribunales también desarrollaron avances en materia de violencia contra las mujeres, considerando la sensibilidad de las víctimas y los testigos. Así por ejemplo, el TPY desarrolló una serie de normas de procedimiento destinadas a proteger a las víctimas de violencia sexual, sin interferir con los derechos de los acusados[225]. En este sentido, se permitió el uso de pseudónimos, la distorsión electrónica de voces e imágenes fotográficas y la edición de transcripciones para eliminar toda referencia a las identidades de las víctimas[226].

La jurisprudencia de ambos tribunales servirá de base luego para la elaboración del Estatuto de Roma de la CPI, el cual entró en vigencia el 1 de julio de 2002. Este documento incluye en el artículo 7 los crímenes de lesa humanidad, incluyendo *"cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable"*[227]. Asimismo, el crimen de lesa humanidad de esclavitud explícitamente incluye el tráfico, con particular atención en las mujeres, niños y niñas.

Finalmente, este artículo incluye la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género *"u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte"*.

COPELON se refiere a la discusión que se dio al momento de incluir la noción de género en el Estatuto de la CPI, en la cual el Vaticano y la Liga de países Árabes rechazaron el término en relación al crimen de persecución y pretendieron que se sacara la palabra género de las partes estructurales y procedimentales del borrador del Estatuto de Roma. Finalmente, el artículo 7. 3 quedó redactado en los siguientes términos: *"A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede"*.

Si bien la referencia sobre los dos sexos refleja la postura del Vaticano y de los islámicos, las palabras *"en el contexto de una sociedad"* fue intencionalmente *"explicitado para incorporar la concepción sociológica de la construcción de los géneros"*[228].

224 COPELON, Rhonda. "Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law". En: McGill Law Journal. No 46, 2000, p. 9.

225 Así por ejemplo, en las reglas de procedimiento se establece: Regla 96: Evidencia en los casos de ataques sexuales (11 febrero de 1994). En los casos de ataques sexuales: (i) no se requerirá la corroboración del testimonio de la víctima; (ii) no se permitirá que el consentimiento sea utilizado en la defensa del agresor si la víctima (a) ha sido sometida o amenazada o ha tenido razones para temer violencia, detención u opresión psicológica, o (b) creyó razonablemente que si no se sometía a los actos de violencia, otra persona sería sometida, amenazada o sujeta a temor; (modificada el 3 de mayo de 1995) (iii) antes que se someta al tribunal alguna evidencia sobre el consentimiento de la víctima, el acusado deberá demostrar que dicha evidencia es relevante y creíble; (revisado el 30 de enero de 1995) (iv) no se admitirá como evidencia información sobre la conducta sexual previa de la víctima". (traducción propia).

226 AMNISTÍA INTERNACIONAL. Op. Cit., p. 102.

227 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998. http://www.un.org/spanish/law/icc/

228 COPELON, Rhonda. Op. Cit., pp. 15-16.

Es importante señalar que la regulación que realiza el Estatuto de la CPI implica una evolución importante en la elaboración del concepto de violencia sexual, la cual deja de ser considerada solo como un crimen contra el honor. Como se sabe, esta tipificación minimizaba el daño psicológico y físico de la víctima; asimismo, aumentaba el nivel de vergüenza que la víctima sufre, al ser estigmatizada por la comunidad, sufriendo un daño secundario por la violación sexual[229].

Asimismo, implica un cambio en relación a los estatutos de los tribunales penales internacionales en los cuales la violación sexual solo era considerada como un crimen de lesa humanidad. En el Estatuto de la CPI, se le considera también un crimen de guerra, lo cual amplia las posibilidades de persecución penal de los hechos.

De otro lado, el Estatuto de Roma amplia el concepto de crímenes contra la humanidad especialmente en cuanto a las formas de violencia sexual, incluyendo figuras adicionales a la violación sexual. En efecto, los tribunales penales internacionales sólo incluyen la violación sexual –y la prostitución forzada para el caso de Ruanda- lo cual motivó que las demás formas de violencia sexual fueran investigadas cuando encajaban como tortura, esclavitud, persecución y otros actos inhumanos.[230]

De otro lado, es importante mencionar el artículo 21 del Estatuto de Roma, el cual se refiere al derecho aplicable por la CPI y ubica en este ámbito los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados[231]. En este sentido, puede argumentarse que la CPI deberá tener en cuenta las normas internacionales referidas al principio de igualdad y no discriminación, así como los tratados específicos sobre derechos de las mujeres.

Como se ve, la CPI implica un avance importante en la defensa de los derechos humanos de las mujeres y la condena de la violencia sexual como un crimen de lesa humanidad y/o de guerra[232].

2.3.6.1.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana[233]

En general, la evolución de los códigos penales en América Latina, ha implicado una serie de cambios interesantes. Por un lado, se ha producido una ampliación del tipo penal de violación sexual y se ha incluido el tema de las relaciones de poder como agravantes de la pena, por ejemplo, cuando la víctima se encuentra bajo la custodia del agresor. De otro lado, hay un aumento significativo de las penas y una eliminación de la discriminación en la descripción del sujeto pasivo del delito, es decir, que la víctima no necesariamente debe ser ni mujer ni ser casta.

---

229 LEHR-LEHNARDT, Rana. "One Small Step for Women: Female-Friendly Provisions in the Rome Statute of the International Criminal Court". En: Brigham Young University Journal of Public Law. Volumen XVI. 2002, p. 340.

230 Al respecto, revisar DE BROUWER, Anne-Marie L. M. Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the Practice of the ICTY and the ICTR. Antwerpen: Intersentia. School of Human Rights Research. 2005.

231 LEHR-LEHNARDT, Rana. Ibid., loc. cit.

232 Al respecto, cabe señalar que el 22 de mayo del 2007 el Fiscal de la CPI Luis Moreno Ocampo anunció su decisión de comenzar una investigación en la República Centroafricana, en la cual el número de los presuntos crímenes de naturaleza sexual es mucho mayor a las presuntas matanzas. Las investigaciones dan cuenta de los testimonios de las victimas quienes describieron haber sido violadas en público; ser atacadas por múltiples perpetradores; ser violadas en presencia de miembros de su familia; y ser abusadas de otras formas si resistían a quienes las atacaban. Muchas de las victimas fueron subsecuentemente expulsadas de su familia y de sus comunidades. http://www.icc-cpi.int/library/press/pressreleases/ICC-OTP-BN-20070522-220_A_EN.pdf

233 PORTAL, Diana y VALDEZ, Flor de Maria, Reflexiones sobre el marco juridico de la violencia sexual antes, durante y después del conflicto armado interno peruano. Lima: DEMUS, 2006.

Adicionalmente, se ha dado un cambio del bien jurídico tutelado de valores relacionados con el honor, el pudor y la moral a valores relacionados con la libertad y la integridad. Finalmente, se ha producido una eliminación de la exención de la pena por el matrimonio posterior del agresor con la víctima y se ha establecido la violencia sexual como delito de acción pública, es decir, que no requiere de la denuncia de la víctima y que debe ser denunciado por cualquiera que tenga conocimiento de los hechos[234].

La legislación peruana es parte de esta evolución, transitando de regulaciones tradicionales hacia una visión más acorde con los estándares internacionales. Así por ejemplo, al referirse a la violación sexual, el artículo 269 del CP de 1863 incluía en su definición la naturaleza del medio empleado estableciéndose que los hechos debían darse *"empleando fuerza y violencia"*. El mismo artículo incluía otros dos casos en los cuales la violación se define por la condición de la víctima (*"virgen impúber"*) o las acciones del agente (*"haciéndole creer que es su marido"*). Adicionalmente, al momento de enumerar a las posibles víctimas de una violación sexual, se hacía referencia a la mujer casada, la doncella o la viuda honesta[235]. Finalmente, se establecía que el matrimonio era una causal para eximir al delincuente de la pena[236].

En el caso del CP de 1924, si bien se dejaron de lado las disposiciones expresas que privilegian la honestidad o virginidad de la víctima[237], se establecía que la violación sexual solamente podría verificarse fuera del matrimonio[238]. Ahora bien, como se sabe, el hecho que la normatividad penal se modifique no implica que en la práctica judicial no se siguieran exigiendo aspectos como la conducta irreprochable de la víctima, relativa a la falta de experiencias sexuales[239].

Como vemos, si bien la regulación inicial de la violación sexual establecía como el bien jurídico el honor sexual de la persona, la regulación posterior se refiere a la libertad sexual. En este sentido, lo que se pretende es castigar aquellas conductas que obstaculicen la libre opción sexual, siendo el caso que para los menores de edad lo que se protege es su libertad sexual potencial (indemnidad sexual), buscándose garantizar las condiciones básicas para el desarrollo futuro de su personalidad en la esfera sexual[240].

En la actualidad, el CP promulgado en 1991 contiene el Titulo I Delitos contra la libertad, Capítulo IX Delitos contra la libertad sexual. En cuanto al concepto de violación sexual, este se ha ampliado conforme a lo establecido por los estándares internacionales. Así, el artículo 170 vigente establece que será responsable de violación sexual aquel que:

> ...con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años[241].

---

234 LEMAITRE, Julieta. Presentación en la Reunión sobre Alternativas de Atención en el Sector Salud a Sobrevivientes de Violencia Sexual, PAHO/IPAS, Washington 2-4 de agosto de 2005.

235 HURTADO POZO, José, "Delitos sexuales y derechos de la mujer". En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, pp. 32-33.

236 Artículo 277 del CPP de 1863. Citado por: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. La violencia sexual: un problema de seguridad ciudadana. Serie Informes Defensoriales No. 21, 1999, p. 27.

237 HURTADO POZO, José. Op. Cit., p. 35.

238 Artículo 196 del CPP de 1924.

239 HURTADO POZO, José. Ibid. Loc. Cit.

240 UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José. "Violación de la libertad sexual desde la perspectiva de género". En: IUS ET VERITAS. No. 18, 1999, p. 194.

241 Las últimas modificaciones de la normatividad en la materia se dieron en la Ley N 28704, del 5 de abril del 2006 y la ley N 28963, del 24 de enero de 2007.

Como se ve, ya no se restringe los casos a hechos que sucedan exclusivamente fuera del matrimonio ni tampoco se limita las víctimas solo a mujeres.

De otro lado, al tipo básico se suman los agravantes cuando la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos; cuando existe una posición de autoridad del agresor sobre la víctima así como una relación de parentesco o afinidad o una relación laboral; si el agresor pertenece a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada y el acto se realiza en ejercicio de su función pública; si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave o si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

Adicionalmente, el CP establece una regulación autónoma para los casos en que la violación sexual se cometa contra una persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (art. 171); contra una persona en incapacidad de resistencia (art. 172); contra un menor de edad (art. 173), seguida de muerte o lesión grave (art. 173-A) y contra una persona bajo autoridad o vigilancia (art. 174).

Además de la violación sexual, el CP criminaliza la seducción (art. 175), los actos contra el pudor (art. 176 y 176-A cuando se trate de menores) y las formas agravadas de los delitos anteriores (art. 177). Asimismo, el Capítulo X incluye como delito el favorecimiento a la prostitución (art. 179), usuario-cliente (art. 179-A), el rufianismo (art. 180), el proxenetismo (art. 181) y el turismo sexual infantil (art. 181-A). El Capítulo XI se refiere a las ofensas al pudor público y condena la publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores (art. 182-A), las exhibiciones y publicaciones obscenas (art. 183) y la pornografía infantil (art. 183-A).

De otro lado, el tema del aborto sin consentimiento se regula en el art. 116 del Capítulo II sobre el aborto, incluido en el Título I de los Delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud. Finalmente, se tiene el delito de trata de personas, en la que se reprime a quien la realiza con fines, entre otros, de que la víctima *"ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual"* (art. 153 del Código Penal, Capítulo I Violación de la Libertad Personal, Título IV Delitos contra la Libertad).

Por otra parte, si bien el Código incluye el Título XIV-A sobre los delitos contra la humanidad, éste solo contempla las figuras de genocidio, desaparición forzada, tortura, discriminación y la de manipulación genética. De allí la necesidad de la inclusión de la violencia sexual como un tipo específico, considerando además el carácter imprescriptible de estos crímenes y la magnitud de las penas que se contemplan para sus ejecutores.

En este sentido, si algunas modalidades ya están incluidas en la legislación nacional, es importante modificarlas para darles el carácter de internacionales[242]. Para ello, debe tenerse presente que el estatuto de la CPI crea las condiciones para que se modifiquen las legislaciones nacionales y se incorporen los nuevos estándares jurídicos internacionales relacionados con violencia sexual y de género[243].

242 RIOSECO, Luz y Ximena ROJAS. "Corte Penal Internacional. Desafíos en materia de justicia de género en la región". Proyecto Regional "Corte Penal Internacional y Justicia de Género". Corporación La Morada y Corporación Promoción de la Mujer. www.humanas.cl, visitada el 22 de abril del 2007.

243 CORPORACIÓN LA MORADA. Corte Penal Internacional: avances en materia de justicia de género. http://www.choike.org/documentos/genero_cpi.pdf.

2.3.6.1.3. Bien jurídico protegido

En la determinación de los bienes jurídicos protegidos por los crímenes de lesa humanidad, se manejan diversas posiciones en la doctrina. Una de ellas se fundamenta en la existencia de una relación entre los bienes jurídicos individuales y la paz internacional, la cual es considerada como un "auténtico bien jurídico internacional y principal objeto de protección del derecho penal internacional"[244]. Sin embargo, GIL GIL parte de un enfoque diferente. Para esta autora, es necesario hacer una distinción inicial entre bienes jurídicos y derechos humanos, por lo que se tendría que analizar la relación entre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales (no de derechos humanos) y la lesión o puesta en peligro de la paz y la seguridad de la humanidad[245]. En este sentido, y citando a ROXIN, la autora define los bienes jurídicos como "aquellas realidades o pretensiones que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social completo construido con esa finalidad o para el funcionamiento del sistema mismo"[246].

Para esta autora, serán bienes jurídicos del orden internacional la paz internacional y la propia existencia de los Estados, por ejemplo, pero también los bienes jurídicos individuales "cuando son atacados de forma masiva o sistemática por el propio poder político o cuando simplemente no pueden ser protegidos del orden estatal"[247]. En este sentido, la intervención del derecho penal internacional se justificará cuando no existan otros medios para la protección de los bienes jurídicos y, además, cuando no puede alcanzarse dicha protección por medio del ordenamiento estatal[248].

Para algunos autores, "sólo una definición de lesa humanidad orientada en función del bien jurídico permite apreciar que, en tales actos, no se lesione únicamente a la víctima individual en sus derechos básicos, sino a la humanidad en su conjunto"[249].

Al respecto, AMBOS sostiene que en los crímenes contra la humanidad existe un plus de injusto que los distingue de los delitos comunes, constituido por el contexto en el que se realizan, esto es, un ataque generalizado y sistemático contra una población civil[250].

Sin embargo, la propuesta normativa argumenta que –para los casos de tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial- resultaría tardío esperar que las conductas que constituyen estos delitos se deban producir en el contexto de una práctica sistemática o generalizada para ser calificada como tales, considerando además que estos elementos no son exigibles en otros instrumentos internacionales de los derechos humanos[251]. No obstante, estos elementos sí se exigen para los casos de violencia sexual que la propuesta normativa contempla.

De otro lado, se puede afirmar que la propuesta normativa es reflejo de que el sistema punitivo debe favorecer la protección de los derechos humanos, determinándose no sólo la responsabilidad del Estado sino también la individualización de responsables de las violaciones a los derechos humanos y el establecimiento de la sanción correspondiente.

---

244 GIL GIL, Alicia. Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 29.
245 Ibid. Loc. Cit., pp. 31-32.
246 Ibid. Loc. Cit., p. 34.
247 Ibid. Loc. Cit., p. 35.
248 Ibid. Loc. Cit., p. 39.
249 MEINI, Iván. "Los delitos contra la humanidad...". En: MACEDO, Francisco (coordinador). Op. Cit. p. 113.
250 AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (coordinadores). Op. Cit., p. 347.
251 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No 1707/2007/-CR, p. 12.

En el caso concreto de la violencia sexual, se debe analizar la necesidad de una regulación específica de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, considerando que el CP ya contiene el tipo penal de la violación sexual y otros delitos sexuales.

Al respecto, se debe decir que el CP no regula todas las formas de violencia sexual incluidas en el Estatuto de Roma, dejando de lado delitos como la esterilización forzada, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esclavitud sexual.

Por otra parte, si bien existen casos de violencia sexual que pueden encajar en la definición de tortura como crimen de lesa humanidad - que sí se encuentra regulada en el CP- los avances que establece el Estatuto de Roma indican que la violencia sexual es una figura autónoma que debe ser regulada en su especificidad. En efecto, el Estatuto de Roma recoge por primera vez el crimen de violencia sexual y sus distintas modalidades, las cuales han sido descritas en el Documento de los Elementos de los crímenes de la CPI[252].

En este sentido, y siguiendo lo planteado por GIL GIL, el bien jurídico afectado sería la libertad sexual; sin embargo, dado el elemento de sistematicidad o generalidad esta conducta de violencia sexual alcanzaría ribetes que justificarían su regulación específica como crimen de lesa humanidad, estableciéndose así una diferencia con los casos de violencia sexual que se producen en otros contextos.

De otro lado, como se sabe, la CVR del Perú concluyó en su Informe Final lo siguiente:

> La violencia sexual contra mujeres en el contexto de masacres y de ejecuciones arbitrarias, de operativos militares o policiales en medios rurales andinos y amazónicos, aunque también –con menor frecuencia- en medios urbanos, contra personas consideradas sospechas de tener vínculos con los grupos subversivos, de detenciones arbitrarias fuera del control formal o de hecho del Ministerio Público, de la desaparición forzada de personas, fue una *práctica generalizada* perpetrada por agentes del Estado[253].

Como se puede apreciar, la CVR concluye que el elemento de práctica generalizada que caracteriza a los crímenes de lesa humanidad se verificó en el conflicto armado de índole no internacional por el que atravesara el Perú. Asimismo, en el caso específico de la violación sexual, la CVR consideró que se trató de una práctica reiterada y persistente que se produjo en el contexto de la violencia sexual antes descrita[254].

Cabe mencionar que en su reciente sentencia sobre el Caso Castro Castro, la Corte Interamericana hizo referencia a estas conclusiones del Informe de la CVR, constatando la existencia de un contexto de violencia contra la mujer en el conflicto armado peruano[255].

Asimismo, el texto del actual CP no posibilita el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual ocurridas durante el conflicto armado interno, motivo por el cual debe modificarse para incluir la figura de la violencia sexual como un delito de lesa humanidad.

---

252 Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. http://www.iccnow.org/documents/ElementsofCrimes_Spanish.pdf

253 COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Informe Final. Tomo VI, 2003. Capitulo 1.5: "La violencia sexual contra la mujer". www.cverdad.org.pe

254 Ibid.

255 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párrafo 226.

2.3.6.1.4. Tipo penal

La propuesta normativa ubica los crímenes internacionales de manera independiente de los delitos comunes y sin dejar de lado otros instrumentos internacionales relevantes. Al momento de tipificar las diversas modalidades de delitos de lesa humanidad en el Título Tercero de dicha propuesta, se incluye, entre otros, los delitos de ejecución extrajudicial de personas, desaparición forzada, tortura, violencia sexual y apartheid[256]. Como se ha visto, la violencia sexual puede encajar en otros tipos penales, tales como la tortura, por ejemplo. Sin embargo, y siguiendo lo establecido por el Estatuto de Roma, el Proyecto mantuvo la tipificación autónoma de las diversas formas de violencia sexual –no sólo la violación sexual- como un crimen de lesa humanidad.

Al respecto, debe señalarse que lo apropiado debería ser que el Proyecto se refiriese a los casos de "violencia sexual" y no solamente de "violación sexual". Sin embargo, este es un error sólo de forma ya que el contenido de la definición sí contempla las diversas formas de violencia sexual, en el sentido establecido por el Estatuto de Roma.

En efecto, el *nomen juris* de la violación sexual[257] empleado en el párrafo 4 del artículo 14 de la propuesta normativa, da título a una figura que reúne a diferentes conductas prohibidas como violar, prostituir[258], esclavizar sexualmente[259] a una persona mediante violencia, grave amenaza o aprovechando un contexto de coacción, forzar a una persona a unirse en matrimonio o convivencia con otra[260], obligar a una mujer a abortar o la mantenga confinada habiéndola embarazado por la fuerza con la intención de influir en la composición racial o étnica de la población[261].

Ahora bien, debe notarse que –a diferencia de la propuesta normativa peruana- el Estatuto de Roma contiene una lista de crímenes sexuales que no es cerrada, lo cual se considera como *"un gran avance porque es un reconocimiento de que la violencia contra las mujeres es histórica y por ende se transforma de una guerra a otra y de una sociedad a otra"*[262].

En general, el considerar las diversas formas de violencia sexual implica *"agregar otras formas que no solo involucran invasión física o penetración aunque leve, sean de carácter invasivo o no invasivo"*, lo cual implica además una mayor protección para las víctimas[263].

---

256 Pre-dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley No. 1707/2007-CR, que propone Ley de los Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, 4 de diciembre del 2007.

257 Para la Relatora Especial Sra. Gay J. McDOUGALL (En: HERENCIA CARRASCO, Salvador (coordinador). Op. Cit., p. 206) "por violación debe entenderse la inserción, en condiciones d fuerza, coacción o violencia, de cualquier objeto, que no tiene que ser necesariamente un pene, en la vagina o en el ano de la víctima, o la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o violencia, de un pene en la boca de la víctima".

258 Esta figura tiene una relación cercana con el delito de esclavitud forzada y puede ser compleja su diferenciación (Ibid. Loc. Cit., p. 212). "La prostitución forzada suele referirse al control ejercido sobre una persona obligada por otra a realizar actividades sexuales" (Ibid.)

259 Históricamente, uno de los casos más graves conocidos es el sistema de las llamadas "mujeres de solaz" que fuera organizado por el ejército japonés durante la segunda guerra mundial y se estima que entre doscientas mil a trescientas mil mujeres fueron secuestradas para ser utilizadas como esclavas sexuales (Ibid. Loc. Cit., p. 209).

260 Que pueden ser consideradas como formas de esclavitud sexual (Ibid. Loc. Cit. p. 216). Ha sido el Tribunal Especial de Sierra Leona (2002) el que en mayo de 2004 decidió incluir al matrimonio forzado como un tipo de crimen de lesa humanidad. También la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú incluyo el tema en su análisis (Ibid. Loc. Cit., p. 217).

261 Este párrafo fue elaborado por el Dr. Felipe VILLAVICENCIO TERREROS.

262 FACIO, Alda. Las mujeres y la Corte Penal Internacional. 2001. http://www.uasb.edu.ec/padh/revista1/analisis/aldafacio.htm

263 ARROYO, Roxana y VALLADARES, Lola. Violencia sexual contra las mujeres. Proyecto Regional Corte Penal Internacional Justicia de Genero. www.humanas.cl

En este sentido, la violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano e incluye actos que no implican penetración o siquiera el contacto físico[264]. Como ejemplos de actos de violencia sexual se pueden citar la experimentación biológica y médica de naturaleza sexual o la experimentación relacionada a las capacidades reproductivas de las personas, las mutilaciones sexuales, el acoso y amenaza de violación sexual, el manoseo sexual, el corte de los genitales y el desnudo forzado[265].

En cuanto al tipo objetivo, debe decirse que tanto el *sujeto activo* como el *sujeto pasivo* pueden ser el hombre o la mujer. Es interesante comentar que el lenguaje de la propuesta normativa mantiene las versiones tradicionales que se refieren al autor como "el que", lo que implicaría que el agente sea un hombre. Sin embargo, debe entenderse que tanto hombres como mujeres pueden ser responsables de estos hechos. Al momento de referirse a la víctima de los hechos, la propuesta normativa sí se refiere a "la persona".

En lo que se refiere al tipo subjetivo, es necesario que el agente realice su conducta con conciencia y voluntad de someter al sujeto pasivo sin su consentimiento al acto de violencia sexual. En relación a la acción típica, ésta se refiere a la realización de "cualquier acto de carácter sexual, cometido contra una persona en circunstancias coercitivas"[266].

Al momento de referirse a los *medios* para la perpetración del delito, la propuesta normativa se refiere a la violencia, grave amenaza y a la existencia de un contexto de coacción e intimidación. Asimismo, se hace referencia a la falta de consentimiento de la víctima quien será obligada o forzada a la comisión de dichas conductas.

Ahora bien, la definición exacta de cómo debe entenderse la coacción y las circunstancias coercitivas se han definido en la jurisprudencia, como se verá más adelante. Sin embargo, puede entenderse que se trata de un concepto amplio que incluye *"el miedo a la violencia, intimidación, detención, opresión psicológica o abuso de poder"*[267].

A continuación, se hará referencia a cada una de las formas específicas de violencia sexual incluidas en la propuesta normativa, teniendo como documento de referencia los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma:

A) La violación sexual: Como ya se ha visto, el concepto de violación sexual se entiende de una manera amplia, dejando de lado las visiones tradicionales que consideraban a la violación sexual como una afrenta al honor de la mujer, de la familia y la comunidad.

En relación a la acción típica, lo que se exige es la realización de *"una invasión física de carácter sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas"*, estableciéndose como requisitos *"una penetración física forzada"*[268]. Sobre las características de la conducta típica, debe entenderse que lo que se requiere es que:

---

264 Submission, ref. Akayesu Trial Judgment, supra note 18, párrafo 688.

265 COALITION FOR WOMEN'S HUMAN RIGHTS IN CONFLICT SITUATIONS. Submission to the Truth and Reconciliation Commission, of Sierra Leone. Mayo 2003. http://www.womensrightscoalition.org/site/advocacyDossiers/sierraLeoneTR/submissiontotr.php

266 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia. Documento de trabajo preparado por la Sra. Francoise HAMPSON sobre la tipificación como delito, la investigación y el castigo de los actos de violencia sexual grave. E/CN.4/Sub.2/2004/12, 20 de julio de 2004, párrafo 16.

267 COALITION FOR WOMEN'S HUMAN RIGHTS IN CONFLICT SITUATIONS. Ibid. Loc. Cit.

268 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. "Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia"... Op. Cit., párrafos 16 y 17, en referencia al caso Furundzija.

1. El autor haya *invadido* el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

Esta definición incluye actos de penetración con objetos o con otras partes del cuerpo, y no sólo con el pene (como figura en muchas definiciones nacionales de violación), así como la penetración oral y anal por la fuerza[269].

2. La invasión debe haberse dado por *la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción*, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión sicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento[270].

En general, debe entenderse que *"la violación constituye una forma de agresión y que los elementos fundamentales del delito de violación no pueden reducirse a la descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo"*[271].

A la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales –a la que se hizo referencia líneas arriba- debe sumarse otros casos que han contribuido a la definición del concepto de violación sexual. Así por ejemplo, en el Caso *MC vs. Bulgaria*[272], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace una amplia revisión de las disposiciones que regulan el delito de violación sexual a nivel interno en varios países europeos y la recopilación de las principales sentencias de los tribunales internacionales. En este caso el tribunal observó que la exigencia de resistencia física por parte de la víctima ya no figura en las leyes de los países europeos. Mientras en muchos países la definición de violación sexual contiene referencias al uso de violencia o amenazas de violencia por parte del agresor, la jurisprudencia privilegia *la falta de consentimiento* como el elemento básico del concepto de violación sexual.

En esta sentencia se señala que el desarrollo del derecho y de la práctica refleja la evolución de las sociedades hacia el respeto de la autonomía sexual de cada persona. Por eso, cualquier aproximación rígida a la investigación judicial de las ofensas y abusos sexuales -tal como requerir la prueba de resistencia física en todas las circunstancias- significa dejar impunes ciertos tipos de violencia sexual. En este sentido, la sentencia señaló la importancia de que los Estados realicen las reformas necesarias para que fueran penalizados los casos de actos sexuales no consentidos, considerando que las víctimas de abusos sexuales –en particular, las jóvenes menores de edad- frecuentemente no ofrecen resistencia física a los agresores debido a una variedad de factores psicológicos o por el miedo que tienen al perpetrador.

Por ello, al momento de analizar el elemento de coacción, ésta no debe entenderse como exclusivamente referida a la fuerza física, considerando que existen otros factores que *"pueden hacer que un acto de penetración sexual no sea ni consentido por la víctima ni voluntario por su parte"*[273]. Incluso, se entiende que en casos como los conflictos armados o la presencia de militares o combatientes, esta coerción puede ser inherente a la situación misma[274].

---

269 AMNISTÍA INTERNACIONAL. Op. Cit., p. 19.

270 Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7 1) g)-1.

271 OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Ibid. Loc. Cit.

272 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Caso M.C. v Bulgaria. 4 de diciembre 2003.

273 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. "Administración de Justicia, Estado de Derecho y Democracia"... Op. Cit., párrafo 25, referencia al caso Kunarac.

274 COALITION FOR WOMEN'S HUMAN RIGHTS IN CONFLICT SITUATIONS. Op. Cit.

Asimismo, debe privilegiarse el estudio de *la falta de consentimiento de la víctima*, la cual no debe confundirse con resistencia o lucha física. Este es un aspecto de suma importancia, ya que tradicionalmente se ha entendido la violación sexual en aquellas circunstancias en que priman tanto la violencia física por parte del agresor como una resistencia de la mujer basada en conceptos tradicionales y erróneos tales como que "el simple rechazo no es suficiente para pensar que la víctima ha sido vencida por la fuerza" ya que *"la generalidad de las mujeres oponen cierta resistencia antes de establecer la relación carnal"*[275]. Conceptos de esta naturaleza deben abandonarse por completo, ya que sólo contribuyen a visiones tradicionales de las víctimas de violencia sexual y denotan una ausencia total de la perspectiva de género, en contra al desarrollo moderno del derecho penal.

B) La prostitución forzada: Al momento de determinar la conducta típica, se requiere que:

En el mismo sentido que en la figura anterior, la coacción debe entenderse como "la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento" [276].

C) La esclavitud sexual: Para determinar la conducta típica, se requiere que[277]:

1. El autor/a haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

En la doctrina se ve con preocupación que este primer elemento pudiera llevar a una interpretación restrictiva de la esclavitud sexual en un sentido comercial, lo cual no resultaría correcto[278].

2. El autor/a haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual[279].

Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores pueden ser dos o más personas con un propósito delictivo común. Asimismo, se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil. Se considera, además, que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños[280].

Al respecto, debe notarse que la propuesta normativa distingue entre la esclavitud sexual y la unión forzada, mientras que en otras instancias se considera que esta ultima figura es una forma de esclavitud sexual que facilita la comisión de violencia sexual, fundamentalmente contra las mujeres, que son despojadas del control de su autonomía sexual.[281]

---

275 PEÑA CABRERA. Raúl. Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Lima: Guerreros. 2002. p. 60.

276 Ibid.

277 Ibid.Loc. Cit., Artículo 7 1) g) 2.

278 AMNISTÍA INTERNACIONAL. Op. Cit., p. 22.

279 Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7 1) g)-2.

280 Ibid.

281 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. Informe Final de la Sra. Gay J. MCDOUGAL. Relatora Especial sobre violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas contemporáneas de esclavitud durante los conflictos armados. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998.

D) Embarazo forzado: La conducta típica requiere que el autor/a haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional[282]. La misma definición del Estatuto de Roma aclara que en modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo[283].

Se debe entender que el embarazo forzado comprende dos actos independientes: por un lado, la violación sexual y, por otro, la forzada continuación del embarazo hasta el nacimiento, mediante la detención y la denegación del aborto. Sin embargo, otras posiciones establecen que si bien este embarazo puede ser el resultado de una violación, no siempre ésta es la causa[284].

Debe tenerse presente que la definición de embarazo forzado adoptada por la CPI contiene un límite en el sentido que el agente tiene que haber intentado modificar la composición étnica de la población. Sin embargo, algunas posiciones consideran que ***"cualquier acto de confinamiento ilícito de una mujer** a la que se ha dejado embarazada por la fuerza como consecuencia de su violación debe considerarse un delito, y por lo tanto los Estados no deben incluir esta limitación en su legislación nacional"*[285].

Por otro lado, debe tenerse presente que el artículo II de la CCG incluye los casos en los que las mujeres de un grupo son obligadas a concebir los hijos de otro grupo con la intención expresa de que el niño pertenezca al grupo del padre y no de la madre[286], con lo cual esta figura también podría ser parte del delito de genocidio.

E) La esterilización forzada: La conducta típica requiere que:

1. El autor/a haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica.

2. La conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento. Al respecto, el concepto de "libre consentimiento" no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño[287].

Como puede apreciarse, las medidas de control de natalidad temporales no entran bajo este tipo penal, aunque sean impuestas sin el consentimiento de la víctima. Además, esta medida debe haberse aplicado de manera ilegítima y contra la voluntad de la víctima. Estas medidas incluyen, por ejemplo, la extracción de los fetos y del útero, la castración, la destrucción de los órganos reproductivos, entre otros actos[288].

Finalmente, cabe señalar que la propuesta normativa ha incluido la unión forzada (que incluye el matrimonio y la convivencia) y el aborto forzado como crímenes de violencia sexual, los cuales no reciben una definición específica en el Estatuto de Roma pero que deben entenderse como formas graves de violencia sexual.

---

282 Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7 1) g)-4.

283 Ibid., Artículo 7. 2. f). Debe decirse que la figura del embarazo forzado fue objeto de debate durante la preparación del Estatuto de Roma, debido a las posiciones del Vaticano y de los países islámicos que temían que un concepto amplio de esta figura podría promover el aborto.

284 ARROYO, Roxana y VALLADARES, Lola. Ibid. Loc. Cit.

285 AMNISTÍA INTERNACIONAL. Ibid. Loc. Cit.

286 CHINKIN, Christine, "Gender-related crimes: A feminist perspective". En: THAKUR, Ramesh y MALCONTENT, Peter (Editores.). From sovereign impunity to international accountability. The search for justice in a world of states. Tokyo: United Nations University Press, 2004, p. 122.

287 Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7 1) g)-5.

288 COALITION FOR WOMEN'S HUMAN RIGHTS IN CONFLICT SITUATIONS. Ibid.Loc. Cit.

2.3.6.2. Análisis de las propuestas de otros delitos de lesa humanidad en contexto de un plan sistemático o ataque generalizado (exterminio, esclavitud, persecución, deportación o traslado forzoso de población y detenciones arbitrarias)

2.3.6.2.1. Antecedentes en la legislación penal común peruana

Siguiendo la línea del artículo 7 del Estatuto de Roma, el artículo 14 de la propuesta legislativa acoge literalmente otros delitos de lesa humanidad en un contexto de ataque generalizado o sistematizado contra una población civil. Entre dichos ilícitos se encuentran el *exterminio*, la *esclavitud*, la *persecución*, la *violación sexual*[289], la *deportación* o *traslado forzoso de población* y las *detenciones arbitrarias*.

Cabe resaltar que a diferencia del artículo 14 de la propuesta normativa que acoge bajo un solo marco punitivo a todos estos delitos con una pena no menor de 20 ni mayor de 35 años, una versión anterior de dicha propuesta distinguía marcos punitivos conforme a cada uno de ellos (tanto para el exterminio, la esclavitud como la persecución la pena era privativa de libertad no menor de 20 años, la deportación o traslado forzoso la pena era privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de 20 años, y en las detenciones arbitrarias la pena era privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años).

2.3.6.2.2. Bien jurídico protegido

De acuerdo a la propuesta legislativa, el *bien jurídico* protegido en estas figuras prevaleciente se apoya preferentemente en los elementos del ataque generalizado o sistemático y en la participación, la tolerancia o aquiescencia del Estado, sin perjuicio de entender que el bien jurídico protegido es también la lesión individual que afecta los niveles mínimos de derechos reconocidos por la humanidad.

2.3.6.2.3. Tipos penales

En cuanto al *exterminio* (que es una figura antecesora del genocidio[290]), el numeral 1 del artículo 14 de la propuesta normativa la define como el sometimiento *"a una determinada población o parte de ella a condiciones de vida encaminadas a causar su destrucción total o parcial"*. Conforme al literal b) del numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma podrá interpretarse el sometimiento como la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población. Cabe diferenciarlo típicamente del asesinato porque el exterminio requiere de un elemento de destrucción masivo[291].

La *esclavitud*, conforme al numeral 2 del artículo 14 de la propuesta normativa, consiste en realizar "actos que impliquen el ejercicio de los atributos de propiedad, o de alguno de ellos, sobre una persona".

---

289 Sobre el delito de violación sexual, véase supra apartado 2.3.6.1.

290 HERENCIA CARRASCO, Salvador (coordinador). Op. Cit., p.176.

291 Ibid. Loc. Cit., p. 66.

Asimismo, no es posible exigir la falta de consentimiento como requisito imperante, pues *"la esclavitud fluye de los derechos reclamados de propiedad"*[292].

Con la *persecución,* según el numeral 3 del artículo 14 de la propuesta normativa se entiende que se prive de la libertad personal o lesione gravemente la integridad física o salud del miembro de un grupo o colectividad por motivos político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso, de sexo u orientación sexual, aunque esta definición se aleja de la fuente del literal g, numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma.[293] Para diferenciarlo del genocidio: *"si la persecución se da contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso (el dolo especial) se podrá hablar de genocidio. Sin embargo, se este acto está dirigido contra la población civil* in abstracto, *estaremos frente a un crimen de lesa humanidad*"[294]

En cuanto a la deportación o traslado forzoso de población, el numeral 5 del artículo 14 de la propuesta normativa entiende que se da el presente delito cuando se deporta o traslada forzosamente a una persona que se encuentra legítimamente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión. Este numeral concluye con una fórmula abierta que permite incluir a cualquier medida coactiva infractora de las normas de derecho internacional. Dicho concepto concuerda con lo dispuesto en el literal d) del numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma. Así, cualquier desplazamiento de la población sin sustento jurídico internacional se entendería como un delito de lesa humanidad. Es necesario delimitar los conceptos de deportación y traslado, pues mientras el primero implica un traslado fuera de las fronteras nacionales, el segundo implica un desplazamiento dentro de un mismo Estado[295].

Las detenciones arbitrarias consisten en la privación de la libertad física de una o más personas en violación de normas fundamentales de derecho internacional[296] conforme al numeral 6 del artículo 14 de la propuesta normativa. Si bien es de observar que el Estatuto no cuenta con una mención expresa de la misma, cabe señalar que tiene relación con lo dispuesto en el articulo 7.1.e (encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física).

---

292 Ibid. Loc. Cit., p. 68. Además, "para identificar un acto de esclavitud como crimen de lesa humanidad que pueda ser objeto de competencia de la CPI, no necesariamente se consideraran como elementos constitutivos, aunque podrán ser de indicios, la mera privación de la libertad ni la duración del tiempo de reclusión. De igual forma, el hecho de que una persona no oponga resistencia a este trato no implica un consentimiento hacia su condición muchos menos una causal de exculpación por parte del acusado" (HERENCIA CARRASCO, Salvador (coordinador). Op. Cit., p. 177).

293 Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

294 HERENCIA CARRASCO, Salvador (coordinador). Op. Cit., p. 182. "En el caso de la persecución, el elemento discriminatorio puede tomar varias formas de actos inhumanos y manifestarse en una pluralidad de acciones, incluyendo el asesinato. En el caso del genocidio, este intento debe estar acompañado de una intención de destruir, en todo o en parte, el grupo al cual las víctimas pertenecen. Desde el punto de vista del mens rea, el genocidio es una forma extrema y mas inhumana de persecución" (Ibid.).

295 Ibid. Loc. Cit., p. 69.

296 Según el grupo de trabajo sobre detención arbitraria de la Comision de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se pueden distinguir tres categorías de detenciones arbitrarias: primera.- casos en que la privación de libertad es arbitraria porque es evidentemente imposible invocar base legal alguna que la justifique (como los de mantenimiento en detención tras haber cumplido una condena o a pesar de una ley de amnistía aplicable a la persona de la que se trata); segunda.- casos en los que la privación de la libertad deriva de hechos objeto de diligencias judiciales o de una sentencia motivada por el ejercicio de derechos o libertades proclamadas en los instrumentos internacionales y; tercera.- casos en que es tan grave el desacato de las normas internacionales relativas a un juicio imparcial, ya sea en su totalidad, ya en parte, que confiere a la privación de libertad, en la forma en que fuere, el carácter de arbitraria. ONUSAL Y PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Aplicación de las Normas Internacionales de Derechos Humanos. San Salvador: ONUSAL-PDH, 1994, p. 167.

2.3.7 Análisis de la propuesta de delito de apartheid

> *Art. 15.- Apartheid*
>
> *El que con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial o étnico sobre uno o más grupos raciales o étnicos comete alguno de los delitos mencionados en el presente título, será reprimido con cadena perpetua, de acuerdo con el artículo 29 del Código penal.*

2.3.7.1. Fuentes relevantes del derecho internacional

Motivo de una política segregacionista durante el régimen de dominación de la minoría blanca (colonizadores holandeses) en Sudáfrica, surge la idea del *delito de apartheid*[297]. La definición del apartheid surge desde la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid a la que el Estado peruano se adhiere con fecha 1 de noviembre de 1978. Conforme al artículo II de dicha Convención, se entiende por apartheid:

> Actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente: a) La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona: i) Mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales; ii) Mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; iii) Mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales; b) La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; c) Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; d) Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos; e) La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso; f) La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales.

297 Cfr. BLOSSIERS HUME. Op. Cit., p. 137.

2.3.7.2. Antecedentes en la legislación penal común peruana

Se carece de antecedentes en la legislación penal peruana.

2.3.7.3. Tipo penal

El artículo 15 de la propuesta legislativa asume la fórmula del artículo 7 del Estatuto de Roma y definen que *"el que con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial o étnicos sobre uno o más grupos raciales o étnicos comete alguno de los delitos* [de lesa humanidad]". En la propuesta normativa la pena es siempre de cadena perpetua.

La identificación de un *delito de apartheid* parte por el fin específico que impulsa al agente a cometer algún delito de lesa humanidad. Por ende, la problemática de imputación penal para este tipo de delitos reside únicamente en la *imputación subjetiva.* La intención adicional al tipo subjetivo de cualquier delito de lesa humanidad es la de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial o étnicos sobre uno o más grupos raciales o étnicos, una especie de discriminación desde el aparato estatal. El hecho que este delito no sea considerado como *genocidio* se debe a que los agentes no buscan la destrucción del grupo sino el empleo de todos los medios legales y políticos para preservar dicha dominación[298].

2.4. Delitos contra el derecho internacional humanitario[299]

2.4.1. Antecedentes en la legislación penal común y militar peruanas

La criminalización interna de las graves infracciones y violaciones al DIH no es algo absolutamente reciente en nuestra legislación. El Código de Justicia Militar de 1898 contenía un capítulo denominado "violación al derecho de gentes". Dicho capítulo contemplaba la sanción penal en el fuero militar de diversas violaciones al DIH, a saber: obligar a los prisioneros de guerra a "combatir contra sus banderas", el maltratarlos de obra, injuriarlos gravemente o privarlos de la curación o alimento necesario (art. 234, inciso 1), atacar sin necesidad hospitales o asilos de beneficencia (art. 234, inciso 2) la destrucción de templos, bibliotecas, museos, archivos, acueductos u obras notables de arte, así como vías de comunicación telegráfica sin que ello lo exijan las leyes de la guerra (art. 234, inciso 3) el saqueo y la devastación (art. 234, inciso 4). Tal capítulo incluía, además, otra clase de delitos que difícilmente podrían se considerados como violaciones al DIH como cometer sin autorización hostilidades contra otra nación o tropas de ella (art. 233, inciso 1) violar el armisticio o tregua (art. 233, inciso 2), violar el domicilio de algún agente diplomático (art. 233, inciso 3), ofender de obra o palabra a algún parlamentario (art. 234, inciso 5).

Los Códigos de Justicia militar posteriores (Ley 8991 de 1939, Decreto Ley N. 11380 de 1950, Decreto Ley 14613 de 1963, Decreto Ley N 23214 de 1980) incluyeron igualmente un capítulo con la misma denominación, y con una regulación muy similar con mínimos agregados, como por ejemplo, el operado mediante el Código de Justicia Militar de 1939 (Ley 8991), que incluyó como atentado contra el derecho de gentes el abrir fuego contra miembros de la Cruz Roja en el marco de un enfrentamiento

---

298 HERENCIA CARRASCO, Salvador (Coordinador). Op. Cit., p. 184.

299 La sección 2.4. del presente trabajo ha sido desarrollada por el Dr. Yván MONTOYA VIVANCO.

armado[300], regulación que se mantuvo en los posteriores Códigos de justicia militar que incluyeron un capítulo relativo al "derecho de gentes". Toda esta regulación se mantuvo hasta el año 2006.

En ese año, un nuevo Código de Justicia Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo No 961, publicado el 11 de enero de 2006, recogió, en forma mucho más sistemática, en el Título II de su Parte Especial, los delitos contra el DIH, regulando de manera completa los mismos y dividiéndolos en:

- Delitos contra las personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario perpetrados por personal militar o policial (Capítulo I);
- Delitos de empleo de métodos prohibidos en la conducción de hostilidades (Capítulo II);
- Delitos contra el patrimonio y otros derechos (Capítulo III);
- Delitos contra operaciones humanitarias y emblemas (Capítulo IV); y
- Delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades (Capítulo V).

Dicha regulación, semejante al texto del Proyecto que concentra nuestra atención, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el expediente No 012-2006-PI/TC, ello no por su contenido en sí, sino por su ubicación en el cuerpo normativo militar policial. Para el Tribunal Constitucional los tipos de delitos contra el DIH no protegen bienes jurídicos propiamente militares, por lo que no podían ser considerados delitos de función.

2.4.2. Delimitación del bien jurídico en los delitos contra el derecho internacional humanitario

2.4.2.1. Necesidad de delimitar el bien jurídico protegido en los delitos contra el derecho internacional humanitario y los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos

La delimitación del contenido del bien jurídico penalmente protegido en la tipificación de los delitos contra el DIH de la propuesta normativa resulta una tarea sumamente difícil dado que no existe bibliografía expresa ni accesible sobre este aspecto particular. Tal vez esta situación de insuficiencia bibliográfica sea explicable en razón que hasta hace poco la tipificación interna de graves violaciones del DIDH y del DIH no se encontraba expresamente prevista en las legislaciones internas, salvo algunos tipos en particular. Por lo mismo, en su mayoría, la persecución penal de tales violaciones no era efectuada por parte de los tribunales internos sino, generalmente, por tribunales internacionales ad hoc, los cuales gozaban de un estatuto específico que habilitaba sus competencias.

Luego de la entrada en vigencia del Estatuto de la CPI, en el año 2002 y como consecuencia del principio de complementariedad que regula la relación entre la jurisdicción de dicha Corte y las jurisdicciones

300 "Artículo 238 del Código de Justicia Militar de 1939.- Los que a sabiendas abran fuego a los miembros de la Cruz Roja, cuando en combate, capo de batalla o acción de armas llenen los fines de su Instituto y lleven los distintivos correspondientes".

nacionales, los Estados Parte en dicho Estatuto han emprendido un proceso de adecuación de su legislación interna, incorporando en la misma un conjunto de delitos que tipifican conductas tales como los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, los cuales comparten en muchos supuestos elementos comunes que dificultan, en no pocas ocasiones, el análisis de sus específicos contenidos jurídicos y contextos de aplicación.

Concretamente, esta situación podría presentarse en aquellos Estados Parte que han tenido problemas de graves violaciones al DIDH y al DIH y que han empezado a investigar, juzgar y eventualmente emitir sentencias condenatorias a raíz de la comisión de este tipo de conductas, por ejemplo, en el contexto de conflictos armados de índole no internacional.

El contexto descrito anteriormente es lo que, en nuestra opinión, ha acentuado recientemente la necesidad de esclarecer y delimitar los ámbitos de aplicación penal relacionados con la tipificación y sanción penal interna de graves violaciones al DIDH y al DIH.

Pues bien, para afrontar esta necesidad consideramos esencial delimitar el contenido del bien jurídico penalmente protegido en cada uno de los dos ámbitos delictivos mencionados. En lo que corresponde a esta parte del trabajo intentaremos, específicamente, establecer una delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contra el DIH.

Teniendo en cuenta lo señalado, corresponde plantearnos, en primer lugar, un concepto material de bien jurídico que pueda rendir no sólo una función crítica de la legislación vigente, sino sobre todo interpretativa o delimitadora de los tipos penales y, en segundo lugar, desarrollar el trabajo específico de dar contenido al bien jurídico protegido en los delitos contra el DIH.

2.4.2.2. Un concepto funcional y valorativo de bien jurídico

Si bien existe una posición mayoritaria[301] en la doctrina comparada y peruana de que el objeto central del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, el mismo se rompe absolutamente cuando pretendemos darle una definición que sea sobre todo potencialmente eficiente para cumplir su finalidad político criminal de racionalizar[302] (función crítica o legitimante) y sistematizar (ordenar) a las pretensiones punitivas del Estado.

En tal sentido, no es nuestro propósito en este trabajo agotar la problemática sobre el concepto material de bien jurídico penal, sino ofrecer las bases mínimas relacionadas con el estado del debate actual sobre el bien jurídico, a fin de sentar las razones de una opción que nos permita determinar el bien jurídico protegido en los tipos penales que recogen los delitos contra el DIH contemplados en la propuesta normativa en cuestión. Esto, entendemos, nos permitirá plantear algunas relaciones entre estos delitos y aquellos contrarios al DIDH, así como con los delitos comunes con los que pudieran guardar especial relación.

En primer lugar, es importante señalar que la existencia y función de los bienes jurídicos en un sistema

301 Como hemos mencionado, a pesar de la posición mayoritaria de la doctrina, la corriente funcionalista normativista seguida por Günter JAKOBS y gran parte de sus discípulos discrepan de esta postura. De acuerdo con éstos últimos el derecho penal tiene como finalidad la protección de la norma jurídica.

302 Debemos advertir que el sentido de la expresión "racionalizar" es bivalente. En algunos supuestos significa limitar o reducir la actuación estatal, sobre todo cuando dicha intervención vulnera alguno de los principios penales derivados de la Constitución; pero en otros supuestos implica la permisión de la intervención penal en tanto se respete los principios y garantías penales que hemos enunciado con anterioridad, en especial los principios de fragmentariedad y subsidiariedad.

penal sólo puede entenderse si se tiene en cuenta el contexto social en la que éstos se encuentran insertos. De ello es posible deducir que el presupuesto esencial de un bien jurídico penal se genera en determinadas valoraciones o convicciones sociales[303] sobre determinadas realidades o estados de cosas que denominamos "bienes", esto es, convicciones sobre la bondad o utilidad de las referidas realidades para la convivencia entre personas humanas.

Ha sido el profesor BUSTOS quien ha mostrado con claridad la existencia de una realidad previa al bien jurídico, es decir, una realidad social dialécticamente valorada antes de su configuración jurídico-penal. En efecto, el profesor chileno señala textualmente:

> No hay pues que confundir bien jurídico con sus presupuestos, el bien jurídico es una formula sintética concreta de lo que se protege realmente, pero su génesis, significación y legitimidad de lo que se protege no surge del bien jurídico (...) si no de sus presupuestos: las relaciones sociales, las posiciones que en ellos ocupan los individuos, su intermediación con las cosas y la interacción que se produce entre ellos[304].

El profesor BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE también reconoce este primer nivel de valoración social cuando, luego de resaltar el aporte de VON LISTZ en este punto, afirma:

> ...el concepto de bien jurídico tiene que ir necesariamente referido a la realidad social y sobre esta base no puede ser la creación del legislador, sino que es anterior al mismo y puede limitar su actividad[305].

Y en forma más clara argumenta:

> ...la vinculación del bien jurídico a la realidad social lleva a considerar ésta como realidad socialmente valorada, con lo que el principio de valoración del soporte de la realidad cobra una importancia decisiva[306].

Se aprecia en los últimos años esfuerzos de la doctrina penal no sólo por describir sociológicamente la formación de las demandas de protección penal de una determinada realidad social (valoración social), sino por proponer un modelo prescriptivo para la formación de una opinión pública verdaderamente democrática que legitime una eventual decisión de incriminación[307]. SOTO NAVARRO, contrastando la teoría del discurso de HABERMAS, concluye que hay un déficit de legitimación en la formación de la opinión pública entendida en los postulados Habermasianos. En otras palabras, aquella no es fruto aún de una discusión racional entre ciudadanos críticos y autoresponsables.

---

303 Término utilizado por SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos, Granada: Comares, 2003, p. 82).

304 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Control social y sistema penal, Barcelona: PPU, 1987, p. 167. Siguiendo esta posición actualmente, MAYO CALDERÓN, Belén. La tutela de un bien jurídico colectivo por el Delito Societario de Administración Fraudulenta, Granada: Ed. Comares, 2005, p. 71.

305 BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1990, p. 9.

306 Ibid.

307 Cfr. DIEZ RIPOLLES, José Luis. La racionalidad de las leyes penales, Madrid: Trotta, 2003. pp. 20-61. También el trabajo de SOTO NAVARRO, Susana (Op. Cit., pp. 31 – 47). La autora recupera la teoria de la acción comunicativa del Habermas para una propuesta de legitimación primaria del Derecho penal.

Sin embargo, a juicio de la referida autora[308] tales déficits no impiden considerar que el criterio legitimador del contenido de las normas penales concretas viene dado por las valoraciones sociales mayoritarias, sin perjuicio de considerar necesario y constante la profundización de los canales de participación democrática de las personas (sobre todos las destinatarias de las normas) en el proceso prelegislativo de incriminación de conductas y de protección penal de determinadas realidades sociales.

Los aspectos de la realidad que se valoran socialmente constituyen elementos necesarios para el reconocimiento de determinados bienes, sin embargo, no resultan suficientes para la configuración de estos como bienes jurídico penales. Ello supone someter tales bienes, socialmente valorados, a un segundo nivel valorativo, esta vez, de carácter normativo penal. Los bienes socialmente valorados sólo accederán a constituirse en bienes jurídico penales en la medida que su protección penal sea idónea y necesaria, esto es, fragmentaria y subsidiaria.

Estos criterios específicos de la materia penal se deducen esencialmente del principio general de proporcionalidad reconocido, según la doctrina y jurisprudencia constitucional de los artículos 1.1 (modelo de Estado social y democrático de derecho), 9.3 (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y 10.1 (dignidad de la persona) de la Constitución Política del Perú de 1993.

De acuerdo con el principio de idoneidad, el bien debe ser susceptible o capaz de protección penal. En ese sentido, el bien jurídico penal no sólo no puede proteger aspectos meramente morales o religiosos de las personas, sino que el bien jurídico penal debe ser susceptible de protección a través de la *prevención efectiva* de conductas lesivas o realmente peligrosas para el referido bien[309]. La retribución queda, entonces, proscrita como finalidad legitimadora de la intervención penal.

De acuerdo con el principio de necesidad, la tutela penal de bienes debe ser fragmentaria y subsidiaria.

Con relación al principio de fragmentariedad sólo cabe reconocer como bien jurídico penal a aquellos bienes importantes para la convivencia de la persona o de los grupos de personas en la sociedad y frente a los ataques graves o (efectivamente) peligrosos. De acuerdo con este principio, el derecho penal protege los bienes jurídicos frente a aquellas conductas que de manera más grave la lesionen o pongan en peligro, afectando la convivencia social. Esta trascendencia viene asignada fundamentalmente por su reconocimiento constitucional o internacional. Aquellos bienes que han adquirido reconocimiento nacional e internacional son idóneos y merecen protección penal, sobre todo frente a ataques graves. Esto ocurre por ejemplo con la vida, la integridad personal (físico, mental y moral), la libertad, la libertad sexual o el patrimonio.

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, el bien jurídico sólo debe protegerse penalmente cuando

---

308 SOTO NAVARRO, Susana. Op. Cit., p. 82. No compartimos sin embargo la postura de la referida autora respecto de la función del bien jurídico. En efecto SOTO NAVARRO considera que al bien jurídico no le corresponde una función crítica externa al sistema.

309 Es importante en este punto constatar la legitimidad constitucional de la función preventivo general de la pena. Ello con el propósito de proteger idóneamente los bienes jurídicos reconocidos por el ordenamiento jurídico penal. ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier (Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español, Granada: Comares, 2001, p. 115) nos recuerda que MANTOVANI ha deducido la necesidad de la finalidad de prevención general de la pena a partir del artículo 2 de la Constitución italiana la misma que prescribe el deber del Estado de garantizar los derechos inviolables de los ciudadanos. MANTOVANI entiende que la prevención de las agresiones contra tales derechos y bienes constitucionalmente garantizados es confiada, ante todo a la amenaza de la pena.

no sea posible protegerlo eficazmente por otros medios menos lesivos al derecho penal. Este principio parte de la consideración de que los bienes jurídicos no sólo pueden protegerse mediante la sanción penal, sino a través de otros medios menos lesivos para la libertad individual.

Sin embargo, la decisión de si existen otros mecanismos extrapenales eficaces para la protección de determinados bienes jurídicos resulta difícil en la medida de que no existen estudios empíricos que permitan afirmar que las medidas extrapenales son igual (o incluso mejor) de eficaces e idóneas que el derecho penal para proteger tales bienes jurídicos. En ese sentido, señala AGUADO CORREA, que se requiere temporalmente acudir a la experiencia argumentada del propio legislador[310].

2.4.2.3. La legitimidad, autonomía y lesividad de los bienes jurídicos colectivos

La necesidad de que los bienes tengan cierto reconocimiento constitucional o internacional y que los mismos se orienten a la protección de la persona humana no implica negar el reconocimiento de bienes jurídicos de carácter supraindividual (colectivo o difuso) ni tampoco su autonomía[311]. Como señala SOTO NAVARRO *"(...) el que todos los bienes jurídicos respondan a una misma y última razón protectora (la persona humana) no es argumento concluyente para afirmar la primacía de los intereses individuales".*[312] Aquello tampoco es razón para subordinar aquellos bienes colectivos a estos últimos (tesis monista del bien jurídico).

En efecto, una cosa es que durante el debate legislativo (ratio legis) se deba tener en cuenta esta referencia funcional del bien jurídico colectivo a la autorrealización de la persona en el sistema social, y otra es considerar incluida esa referencia personal o individual en el tipo penal que protege un bien jurídico colectivo o, peor aún, subordinar positivamente este bien a los intereses individuales.

Desde una perspectiva antropológica se considera que la persona humana, además de tener una dimensión individual, es esencialmente un ser social. En esa perspectiva, los bienes jurídicos supraindividuales se legitimarán en la medida en que sean realidades buenas y útiles para la autorrealización del hombre en tanto ser social[313]. Como señala SOTO NAVARRO, quien sigue en este aspecto a TIEDMAN:

> ...los intereses del individuo sólo pueden determinarse en atención a la sociedad en la que se integra (...). Viceversa, los intereses sociales no son ajenos al individuo, dado que este participa en su conformación y sirven, en mayor o menor grado, a su autorrealización personal[314].

Finalmente, la legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales radica, a decir de CORCOY BIDASOLO[315], en que un buen grupo de ellos sirven a la autorrelización de la persona a través de la

---

310 Ibid. Loc. Cit., pp. 239 – 240.

311 De la misma idea MAYO CALDERÓN, Belen. Op. Cit., pp. 66 - 67. Esta tesis tambien es adoptada por SOTO NAVARRO, Susana (Op. Cit., p. 232) y por LÓPEZ CALERA, Nicolás ("Sobre los derechos colectivos". En: Una discusión sobre derechos colectivos, Madrid: Dykinson, 2001, pp. 27 y 40). Este autor señala que esta posición es incluso compartida por posiciones liberales moderadas como la de Will Kymlicka quien considera que los derechos colectivos pueden ser condiciones necesarias para la autonomía individual. Al respecto ver KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Un teoría liberal de los derechos de las minorías, Barcelona: Paidós, 1996, p. 35.

312 SOTO NAVARRO, Susana. Op. Cit., p. 232.

313 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes juridico penales supraindividuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 182 – 183.

314 SOTO NAVARRO, Susana. Op. Cit., p 233.

315 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit., pp. 208 – 209.

protección de la sociedad o grupos de personas que por su naturaleza, posición o concreta situación se consideran más en especial condición de vulnerabilidad. En estos casos, señala la mencionada autora, lo que persigue el derecho penal es aumentar la seguridad y confianza de quienes se encuentran en una situación o intervienen en sectores de actividad especialmente desprotegida[316].

Esta perspectiva del derecho penal de compensar situaciones de desventaja de determinados colectivos frente a otros ubicados en mejor situación y posibilidades no resulta vulneratoria del principio de igualdad y no discriminación. En efecto, las medidas de acción positiva, bajo determinadas condiciones, resultan no sólo legítimas, sino exigidas por el referido principio.

Siguiendo nuevamente a SOTO NAVARRO, se parte por rechazar una concepción ideal de bien jurídico, esto es, aquella concepción que considera "bien jurídico" a la *valoración* de la realidad social y no a la *realidad* social valorada que es como corresponde a una concepción real o material de bien jurídico[317].

En nuestra opinión, si bien resulta prioritario tomar como bien jurídico el núcleo material de la realidad social (objeto de valoración), no es posible prescindir del juicio de valoración que es el que precisamente ha operado para delimitar la realidad social concreta que se eleva al reconocimiento de "bien jurídico penalmente protegido".

Debe advertirse en este punto la diferencia que existe entre las realidades sociales que configuran bienes jurídicos individuales (vida, salud personal, libertad, etc.) y aquellas realidades sociales que configuran bienes jurídicos supraindividuales (medio ambiente, administración de justicia, administración pública, etc.). Las primeras son realidades sociales referidas a situaciones o estados imprescindibles para el desarrollo de la persona en tanto individuo (para sus relaciones de interacción directa propias de la esfera individual), mientras que las segundas son realidades sociales que sirven a la configuración de complejos subsistemas sociales comunicativos que cumplen una función importante para las referidas relaciones intersubjetivas[318]. Este complejo subsistema comunicativo está sometido a un conjunto de normas, procedimientos y controles mediante los cuales se pretende que dicho subsistema cumpla la función social asignada (administración de justicia, administración pública, sistema de recaudo fiscal, etc).

---

316 Ibid.Loc. Cit., p. 208. También MAYO CALDERON, Belén. Op. Cit., p. 81.

317 SOTO NAVARRO, Susana (Op. Cit., pp. 282 y ss) considera que la concepción ideal de bien jurídico no cumple con las exigencias de un concepto material de bien jurídico que permita sobre todo verificar su lesionabilidad, esto es, una lesión del bien en el propio sistema social. Señala la autora que esta concepción tiene que acudir innecesariamente a un elemento representativo como es el substrato material del bien jurídico.

Cabe advertir en esta nota cómo SOTO NAVARRO se aparta de la doctrina dominante (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Op. Cit., p. 184 y 213; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. "Sobre la teoría del bien jurídico" (aproximación al ilícito penal). En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. No 69, 1983, pp. 87 y ss; TERRADILLOS BASOCO, Juan. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal". En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nº 63, 1981, pp. 123 y ss.) según la cual los bienes jurídicos colectivos carecen de substrato material. Para SOTO NAVARRO los bienes jurídicos colectivos sí poseen un substrato material pero no entendido en términos naturalísticos sino funcionales. La función concreta y delimitada que cumple un determinado bien jurídico en la sociedad es una realidad valorada socialmente y por lo tanto es susceptible de lesionar. Sólo en este último aspecto SOTO NAVARRO coincide con CORCOY BIDASOLO, esto es, de no entender lesión en el sentido naturalístico de "destrucción" o "daño" tangible en las personas u objetos, sino como afectación del bien colectivo (Op. Cit., pp. 220 - 221). Sin embargo, CORCOY BIDASOLO a diferencia de SOTO NAVARRO, no avanza en la delimitación de cómo se pueden afectar esos bienes jurídicos colectivos, sólo hace referencia a la importancia de esos bienes jurídicos para la seguridad en la libre disposición de los bienes individuales (Op. Cit., pp. 218 - 219).

318 MAYO CALDERÓN, Belén (Op. Cit., p. 90) postula un criterio adicional de fundamentación de los bienes jurídicos colectivos que en mi opinión, no resulta convincente. En efecto, la referida autora señala que estos bienes jurídicos adquieren autonomia en la medida que no sólo protegen mediatamente bienes jurídicos individuales sino que favorecen o promueven la participación de los ciudadanos en el sistema. A nuestro juicio, como hemos mencionado al definir los bienes jurídicos, tanto los bienes jurídicos individuales como los supraindividuales tiene como función la participación de la persona en el sistema social.

Pues bien, determinar la lesión de las realidades sociales valoradas nos remite a un criterio sociológico[319], en especial, en los casos de realidades sociales que conforman el substrato real de bienes supraindividuales. Así, compartimos la tesis de SOTO NAVARRO de que la lesionabilidad de los bienes jurídicos supraindividuales se determina, no en base a criterios naturalísticos, sino en base a la perturbación de la *"función social que desempeñan los aspectos concretos de la realidad social percibidos como valiosos"*. Dicha función debe implicar:

> ...primero, un carácter indispensable para el desarrollo del sistema en su conjunto, y segundo ha de ser susceptible de aprovechamiento colectivo (...) sin que el aprovechamiento individual obstaculice o impida el aprovechamiento por otros[320].

Esta forma de entender la lesión del bien jurídico debe diferenciarse de la lesión del objeto de la acción, esto es, del resultado típico[321]. Mientras éste debe ser analizado en el nivel de la tipicidad, el segundo corresponde a un análisis de la antijuridicidad[322].

Concebida así la lesión del bien jurídico colectivo, como perturbación o impedimento de la función social que cumple una determinada realidad social (o un determinado subsistema de comunicación[323]) valorada positivamente, es posible plantear diversas formas de afectación a dicho bien: lesión, puesta en peligro y peligro abstracto[324].

2.4.2.4. Clasificación de los bienes jurídicos colectivos

Asumido así el contenido de los bienes jurídicos de carácter supraindividual corresponde recordar la ilustrativa clasificación que de los mismos efectuó hace varios años el profesor BUSTOS RAMÍREZ. De acuerdo con el profesor chileno, los bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema social (bienes supraindividuales) se clasificarían en:

- Bienes jurídicos colectivos, esto es, aquellos que están en conexión con las condiciones indispensables para que se den las bases de existencia del sistema (bienes individuales);

- Bienes jurídicos institucionales, esto es, aquellos referidos al conjunto de procesos o vías que sirven para que los bienes individuales puedan interrelacionarse, pero también referidos a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos humanos o fundamentales de la persona frente al abuso del poder público estatal; y

---

319 SOTO NAVARRO, Susana (Op. Cit., pp. 306 – 307) nos recuerda que incluso desde las posiciones ideales se acude a criterios sociológicos y no naturalísticos para determinar la lesionabilidad de bienes jurídicos, dado que existen delitos en los que no es posible verificar un efecto tangible perceptible por los sentidos (por ejemplo en los delitos contra el honor).

320 SOTO NAVARRO, Susana. Op. Cit, p. 320.

321 Ibid. Loc. Cit., p. 318. También MAYO CALDERÓN, Belén. Op. Cit., p. 109. Sin embargo debe señalarse que existen diferencias entre la primera y la última de las autoras. Mientras la primera no distingue bien jurídico de substrato material, dado que para ella este es un elemento esencial de la realidad del bien jurídico, la segunda si distingue entre bien jurídico, objeto material del bien jurídico y objeto de la acción (Op. Cit., pp. 109 – 111). Asimismo, para MAYO CALDERÓN es posible distinguir bienes jurídicos con objeto material y bienes jurídicos sin objeto material (Op. Cit., p. 111), mientras que para SOTO NAVARRO no debería ser posible que un bien jurídico (sea individual o colectivo) carezca de substrato real.
Desde perspectiva contraria es LAURENZO COPELLO, Patricia (El resultado en el derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 165 y ss), quien identifica resultado típico con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

322 SOTO NAVARRO, Susana. Op. Cit., p. 318.

323 Ibid. Loc. Cit., p. 320.

324 Siguiendo a MAYO CALDERÓN, Belén (Op. Cit., p. 105), consideramos que es posible configurar delitos de lesión, de peligro concreto o abstracto con relación a bienes colectivos sin necesidad de referir un peligro abstracto para bienes individuales que pretendidamente se protegerían detrás de los primeros.

- Bienes jurídicos de control, es decir, aquellos que se encuentran dirigidos a asegurar el poder del Estado (delitos contra la seguridad pública, la seguridad nacional).

En este sentido, desde la perspectiva del profesor BUSTOS, la tipicidad de una conducta no es sino el desvalor de un ámbito situacional lesivo para una determinada relación social valorada, es decir, para el bien jurídico determinado normativamente.

2.4.2.5. El bien jurídico en los tipos de delitos contra el derecho internacional humanitario: divergencias y convergencias con los tipos de delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos

2.4.1.5.1. Consideraciones iniciales

Entendido así el contenido del bien jurídico, corresponde ahora analizar el contenido del bien jurídico en los tipos de delitos contra el DIH y plantear seguidamente las diferencias y convergencias con el bien jurídico en los tipos de delitos contra el DIDH.

Desde nuestra perspectiva, el bien jurídico protegido en los tipos de delitos contra el DIH (contenidos en la propuesta normativa en cuestión) es un bien jurídico de naturaleza compleja (individual/institucional) compuesto por el conjunto de garantías normativas que limitan, por razones humanitarias, el poder de ataque de las partes en un conflicto armado (internacional o no internacional) a efectos de evitar o minimizar la lesión o puesta en peligro del contenido de los derechos de las personas (vida, integridad, libertad y patrimonio) en posición especialmente vulnerable, en relación con el contexto de conflicto armado.

Este planteamiento, somos concientes, requiere una justificación mayor. Para tal efecto, primero esbozaremos el primer nivel de valoración que requiere un aspecto de la realidad para ser calificado de bien. En lo que nos toca, nos referiremos a la valoración social positiva de la realidad social que se regula en relación con el ámbito de aplicación del DIH. Posteriormente, evaluaremos el segundo nivel valorativo, esto es, el carácter idóneo, fragmentario y necesario de la protección penal de dicho bien frente a determinadas conductas.

2.4.2.5.2. El "bien" en los tipos de delitos contra el derecho internacional humanitario

Con relación a lo primero debe señalarse que si bien suele considerarse el año 1864 como la fecha de nacimiento del DIH[325], existen antecedentes históricos remotos que nos evidencian que la humanidad tenía ya una valoración social positiva de la necesidad de minimizar los efectos de una guerra. Así señala SALMÓN, entre otros ejemplos, que en la época del Rey Hamurabi (1728- 1686 a de C.) se garantizaba la protección de los más débiles en situaciones de guerra. Igualmente los hititas garantizaban el respeto a la población civil del enemigo y Ciro I de Persia (700ª de C) que ordenó que los heridos de guerra del enemigo fuesen tratados como sus propios soldados heridos[326].

325 SWINARSKI, Christophe. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Costa Rica/Ginebra: CICR- IIDH, 1984, p. 7.

326 SALMON, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario, IDEHPUCP/CICR, Lima, 2004, pp. 58 - 59.

Esta valoración social positiva de la necesidad de garantizar la protección de la población vulnerable en una guerra o limitar los medios o métodos empleados en la misma, no sólo es antigua, sino extendida a gran parte de la comunidad internacional. Como señala Elizabeth SALMÓN:

> ...estos hechos no sólo reflejan la antigüedad y generalidad de las normas, sino que cuestionan el supuesto carácter eurocéntrico del DIH. En efecto, estos antecedentes, entre otros, demuestran que aunque las normas modernas del DIH no son universales en cuanto a su nacimiento, son universales por su naturaleza, toda vez que los principios que han sido codificados pueden encontrarse en sistemas no europeos como los antes señalados[327].

2.4.2.5.3. El "bien jurídico" en los tipos de delitos contra el derecho internacional humanitario

Con respecto a la valoración normativa, debe indicarse que esta se empezó a materializar de manera consistente a partir de mediados del siglo XIX. Efectivamente, ante los horrores de la Batalla de Solferino (1859), el suizo Henry DUNANT propuso en su obra "Recuerdo de Solferino" la adopción de, entre otras medidas para minimizar el sufrimiento de quienes se enfrentan en una batalla, un tratado para facilitar el trabajo de organizaciones sanitarias militares y para que los heridos reciban atención de salud. Es en esa perspectiva que en 1864, con el apoyo y convocatoria del Gobierno Suizo, se logró concertar el primer Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña[328]. Posteriormente le siguió la Declaración de San Petersburgo de 1868 que prohíbe el uso de determinados proyectiles, con lo que se da inicio al derecho de la Haya.

El proceso de codificación continuó durante el siglo XX, siendo dos de sus momentos principales la codificación de 1929 (Convenios de Ginebra relativos al tratamiento de los prisioneros de guerra y para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña)[329] y la de 1949, momento posterior a la Segunda Guerra Mundial, a la consecutiva constitución del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y año en el cual se adoptaran los cuatro Convenios de Ginebra, instrumentos fundamentales del DIH[330].

2.4.2.5.4. La protección penal en el derecho internacional humanitario

Este proceso histórico de codificación internacional no implica sino la asunción a la condición de *bien jurídico* de la necesidad de minimizar o humanizar la guerra. Sin embargo, la protección penal de este bien jurídico sólo es posible respecto de determinadas conductas, aquellas frente a las cuales sea idónea y necesaria la intervención penal (protección fragmentaria y subsidiaria).

Un ejemplo de la protección penal (fragmentaria y subsidiaria) requerida desde el DIH reside en las disposiciones de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que prescriben deberes de penalización de las infracciones más graves de sus disposiciones[331].

---

327 Ibid. Loc. Cit., p. 59.

328 Un documento importante por su influencia en la codificación posterior lo constituye el Código de Lieber de 1863. Este documento fue elaborado por Francis Liebre y promulgado por el Presidente LINCOLN en el contexto de la guerra civil americana y tenia el propósito de dar "instrucciones para el comportamiento del ejército de los EEUU en campaña".

329 Convenios donde se prevé de manera clara por primera vez la represión penal de todas las infracciones de la Convención.

330 ABI SAAB, Georges et Rosemary. "Les crimes de guerre". En: ASENCIO, Hervé et al. (coordinadores) Droit International Pénal. Paris: CEDIN, 2000. p. 271.

331 AMBOS, Kai. El nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., pp. 88 - 89.

En efecto, los artículos 49, 50, 129 y 146 de los respectivos cuatro Convenios de Ginebra establecen la obligación de los Estados Partes de "establecer cualquier legislación necesaria para proveer sanciones penales efectivas" a las infracciones graves. Distinto es el régimen aplicable a los simples actos contrarios a las disposiciones de la Convención, sobre los que no se prescriben deberes de penalización. Estas infracciones graves están principalmente relacionadas con aquellas transgresiones del DIH cometidas contra personas o bienes protegidos por este derecho[332] en el contexto de un conflicto armado internacional.

Con relación a un conflicto armado de índole no internacional, la obligación de protección penal se deduce a partir de los Estatutos y de la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc para Ruanda y la Ex Yugoslavia. En efecto, con relación a este último Tribunal, en el caso *Tadic*, la Sala de Apelaciones afirmó que, a pesar de que las disposiciones convencionales aplicables a los conflictos armados no internacionales no contienen elementos incriminatorios, es posible afirmar que más allá de estas disposiciones existe una serie de principios consuetudinarios relativos a la conducta de las hostilidades en los conflictos armados de índole no internacional cuya violación sí comporta la responsabilidad penal internacional del individuo[333]. De otro lado, el Estatuto del Tribunal de Ruanda sí incluyó en su artículo 4 la potestad de sancionar penalmente a aquellos que infrinjan gravemente el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, aplicables a los conflictos armados de índole no internacional.

Por su parte, el Estatuto de la CPI, además de haber realizado una selección de las que se consideran como *infracciones graves* del DIH y de otras violaciones graves de este derecho, incluyendo aquellas que pudieran cometerse en conflictos armados de índole no internacional, el artículo 8 de dicho Estatuto plantea, a efectos de la competencia de la CPI sobre los crímenes de guerra la configuración de un contexto 'particular' (más no exclusivo ni excluyente) para la comisión de los mismos, esto es, que aquéllos hayan sido cometidos como parte de un plan o política o como parte de una comisión a gran escala.

Sin embargo, como señala AMBOS, este último requisito es un elemento extraño en la tradición del DIH y, por lo tanto, a nuestro juicio puede prescindirse con respecto a elementos que pudieran tomarse en cuenta para la tipificación de tales crímenes en el plano nacional. En efecto, como señala AMBOS con relación a la legislación alemana y que resulta también aplicable al caso peruano:

> La solución alemana es compatible con el Estatuto de Roma en virtud de que, según el artículo 10 del Estatuto "nada se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto. En otras palabras, los Estados Parte pueden incriminar como crímenes (delitos para el caso peruano) internacionales en concordancia con el derecho consuetudinario internacional existente[334].

2.4.2.5.5. La naturaleza compleja (individual/institucional) del bien jurídico protegido en los tipos de delitos contra el derecho internacional humanitario

Desde la perspectiva del sujeto pasivo, consideramos que en el caso de los delitos contra el DIH, lo que se protege es el contenido de una variedad de derechos fundamentales (dependiendo del respectivo tipo

332 ABI SAAB, Georges et Rosemary. Op. Cit., p. 271.

333 SALMON, Elizabeth. "De la competencia Ratione Materia prevista en el Estatuto de Roma", en: SALMON, Elizabeth (coordinadora) La Corte Penal Internacional...Op. Cit., pp. 101 - 102.

334 AMBOS, Kai. Temas de Derecho Internacional y Europeo. Op. Cit., p. 326.

penal de que se trate): vida, integridad personal, libertad o patrimonio principalmente, entendiendo éstos como derechos subjetivos de resistencia de individuos que, dado el contexto de conflicto armado, se encuentran en situación especialmente vulnerable frente al poder de las partes en conflicto.

Por un lado, esta vulnerabilidad viene determinada por la posición de las personas que, en un momento determinado, no participan directamente en las hostilidades en el contexto de las acciones bélicas que se despliegan mutuamente las partes. Por otro lado, esta situación de vulnerabilidad también viene determinada por la posición de las propias personas que participan directamente de las hostilidades y entre las cuales podrían desplegarse entre sí, ataques que excediesen la legítima ventaja militar esperada por las partes.

Desde esta perspectiva, los bienes individuales a los que se ha hecho referencia no sólo son bienes jurídicos del orden social interno (estatal), sino bienes jurídicos del orden social internacional[335]. En efecto, para la comunidad internacional y para las preocupaciones particulares del DIH, la vida, la integridad personal, la libertad o el patrimonio de la población civil o de las personas que no participan en las hostilidades son bienes que deben protegerse y preservarse penalmente, incluso en contextos de conflicto armado. Lo mismo ocurre con los bienes jurídicos individuales de las personas que participan directamente de las hostilidades frente a los ataques (que exceden la ventaja militar legítimamente esperada) que hemos referido.

Desde la perspectiva del sujeto activo, la naturaleza del bien jurídico en los tipos de delitos contra el DIH se complejiza. Estos delitos son llevados a cabo por miembros de alguna de las partes en un conflicto armado (sea internacional o no internacional). Pues bien, existe un consenso internacional de que dichas partes tienen el deber de respetar un conjunto de normas y procedimientos (establecidos en el DIH) vinculados al respeto de determinadas personas protegidas por el DIH o al uso de determinados métodos o medios en la conducción de las hostilidades.

En efecto, el DIH, tal como lo define SWINARSKY, está compuesto por el conjunto de normas y procedimientos (de derecho internacional), de origen convencional o consuetudinario, que limitan la potestad de las partes en un conflicto armado a elegir libremente los métodos y medios utilizados en la guerra y dispone la protección de la población civil o sus bienes. Son normas, por lo tanto, que tienen la finalidad de establecer un marco de garantías que evite o minimice el poder de las partes sobre un grupo de personas especialmente vulnerables en un conflicto armado. Como señala el Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de Guatemala:

> El derecho internacional humanitario procura el respeto de los derechos mínimos o inderogables en caso de conflicto armado, intenta civilizarlo mediante la aplicación de principios tales como el respeto a la población civil, la atención y cura de heridos, el trato digno a las personas prisioneras y la protección de los bienes indispensables para la supervivencia. *Esta normativa crea un espacio de neutralidad en la medida que pretende disminuir las hostilidades, minimiza sus efectos sobre la población civil y sus bienes y busca un trato humanitario a los combatientes, heridos o prisioneros*[336].

En consecuencia, el bien jurídico protegido en los tipos de delitos contra el DIH es uno de naturaleza institucional pero compleja dado que además de comprender el compromiso o el deber de las partes de respetar las garantías fundamentales de las personas protegidas o de las personas que participan de

335 De la misma idea GIL GIL, Alicia. Derecho Penal Internacional. Op. Cit. p. 35.

336 COMISION PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTORICO DE GUATEMALA. Informe 1996, Cap. II. Vol. II, parr. 36. Tomado de SALMÓN, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Op. Cit., p. 24.

las hostilidades frente a determinadas formas de conducción de las mismas, abarca también los bienes .jurídicos concretos afectados.[337]

2.4.2.5.6. Diferencias entre los delitos contra el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos a partir del bien jurídico protegido: consecuencias en la teoría de concursos

Planteado así el bien jurídico protegido en los tipos de delitos contra el DIH corresponde en este apartado determinar el tipo de relaciones que se establecen con los tipos de delitos contra el DIDH.

Con respeçto a las relaciones entre el DIH y el DIDH, el profesor SWINARSKY, al margen de las diversas tesis que se postulan sobre la relación entre el DIDH y el DIH, refiere que existen diferencias relevantes. Según el citado profesor, el DIH es un derecho de excepción, de urgencia, que interviene en caso de ruptura del orden jurídico internacional mientras que los derechos humanos se aplican, [en todo tiempo y lugar, pero] sobre todo en periodos de paz[338].

Esta misma idea es sostenida por John DUGARD cuando refiere que mientras el DIH tiene por objeto proteger a las personas que han dejado de tomar parte o nunca tomaron parte en las hostilidades prescribiendo su trato con humanidad (derecho de Ginebra) o proteger a las personas restringiendo la libertad de las personas que participan de las hostilidades con respecto a la utilización de métodos o medios de guerra que causen sufrimientos innecesarios (derecho de la Haya), el DIDH es diferente por cuanto se refiere principalmente a las relaciones en tiempos de paz entre los Estados y sus súbditos[339] .

En este sentido, mientras el DIDH es aplicable en todo tiempo y lugar, el DIH sólo resultaría aplicable en tiempo de conflicto armado (sea éste internacional o de índole no internacional). De otro lado, en lo que se refiere al DIH, éste debiera ser aplicado por todas las partes en conflicto armado, incluyendo a los miembros de un grupo armado que pudiera ser parte en un conflicto armado de índole no internacional, mientras que el DIDH impondría obligaciones específicas a los Estados en sus relaciones con sus ciudadanos[340].

En la actualidad, la relación entre el DIH y el DIDH es planteado en términos de espacios de convergencia y de espacios de divergencia o aplicación especial. En primer lugar, los espacios de convergencia estarían determinados por el marco del núcleo inderogable de derechos humanos, vigente en toda circunstancia.

Señala, al respecto, Joachim HEINTZE que la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en relación con el Caso de uso de armas nucleares y con el Caso de la construcción de un muro en territorio Palestino, rechazó claramente que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 19 de diciembre de 1966, sólo sea aplicable en tiempo de paz. En ese sentido, continúa el autor, existe una serie de tratados de derechos humanos que al igual que el Pacto contienen disposiciones claras sobre el cumplimiento de las obligaciones relativas a los derechos humanos por los Estados parte en tiempos de conflicto armado (por ejemplo el Art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Art. 27 de la Convención

337 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas. Tomo II. Lima: Ara Editores, 2004, pp. 424 - 425.

338 SWINARSKI, Christophe. Op. Cit., pp. 16 - 17.

339 DUGARD, John. "Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sanción de los infractores", pp. 483 -484. En: Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 147, 1998.

340 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (Servicio de Asesoramiento). Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos. http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5v5l32?opendocument

Americana sobre Derechos Humanos). Se trata, dice el referido autor, de derechos inderogables, lo que significa que se han de respetar en todas las circunstancias. De este modo, concluye el autor, *"se cruza la frontera infranqueable que separa el derecho internacional humanitario aplicable durante los conflictos armados y el derecho aplicable en tiempo de paz"*[341].

En segundo lugar, los espacios de divergencia vienen marcados por un lado por las condiciones de aplicación de ambas disciplinas jurídicas. El DIDH esta relacionado al goce de los derechos humanos, su promoción y su protección general en especial frente al poder del Estado y el DIH esta orientado a la protección del ser humano en situaciones excepcionales de conflicto armado[342].

En ese sentido, existen determinadas circunstancias en que las normas del DIDH resultan insuficientes. Como ejemplifica Joachim HEINTZE, según el *ius in bello*, un combatiente que durante un conflicto armado (internacional) mata a un combatiente enemigo en el contexto de un acto lícito no puede ser acusado de un delito penal[343]. Esto quiere decir que en determinados ámbitos la aplicación del DIH es exclusiva.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, las relaciones entre tipos de delitos contra el DIH y tipos de delitos contra el DIDH puede ser divida en dos escenarios:

- Cuando los supuestos típicos se aplican a ámbitos propios no convergentes. Por ejemplo una tortura o un acto homicida en un contexto de paz no podrá dar lugar a un delito contra el DIH, sino probablemente a un delito contra el DIDH. De manera inversa, el empleo de métodos o medios prohibidos en el contexto de un conflicto armado (sea internacional o de índole no internacional) constituirá exclusivamente un delito contra el DIH y no un delito contra el DIDH. También pueden citarse ejemplos en los casos de ataque a la población civil que no conlleven efectivamente un atentado contra la vida o la salud. En estos casos estaríamos ante delitos de peligro abstracto que no pueden ser desvalorados suficientemente por los delitos contra los DDHH.

  En estos casos nos situamos ante supuestos de concurso aparente de leyes penales en los que uno de los supuestos delictivos debe aplicarse.

- Cuando los supuestos típicos se aplican a ámbitos que se sobreponen y convergen. Por ejemplo, el caso de tortura de una persona que no participa directamente en las hostilidades por parte de agentes estatales (una de las partes en conflicto armado). En este caso estamos, a nuestro parecer, ante un supuesto de concurso ideal de delitos. En efecto, estamos ante un mismo suceso delictivo (unidad de acción) y dos tipos penales aplicables. Por un lado, el tipo de delito del artículo 16.3 de la propuesta normativa (delito contra el DIH) que desvalora el abuso de poder hacia una persona por parte de una de las partes que participa activamente en un conflicto armado, en contra de personas que no participan en este último. Por otro lado, también se aplica el tipo del delito del artículo 11 (delito contra el DIDH) que desvalora el abuso del poder del Estado contra las personas asentadas en su territorio y bajo su jurisdicción.

---

341 JOACHIM, HEINTZE. Hans. "La relación entre la protección conferida por el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario". En: Revista Internacional de la Cruz Roja, No 856, 2004.

342 SALMON, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Op. Cit., p. 71.

343 JOACHIM HEINTZE, Hans. Op. Cit., p. 5.

Como puede apreciarse, las diferencias marcan ámbitos situacionales diferentes entre el DIH y el DIDH, ámbitos que nos determina las concretas y especiales relaciones sociales que son protegidas por ambas regulaciones.

2.4.3. El 'contexto' en los delitos contra el derecho internacional humanitario: el conflicto armado

Las normas del DIH (sus principios y sus normas) son de aplicación, formalmente, en el contexto de dos tipos de situaciones: 1) un conflicto armado internacional, y 2) un conflicto armado de índole no internacional[344]. Así, luego de una profusa evolución y desarrollo normativo, del propio DIH y, por supuesto, del DPI, los crímenes de guerra, tal como lo ha establecido el Estatuto de Roma o, los delitos contra el DIH, establecidos en la propuesta normativa peruana, corresponden al conjunto de infracciones y violaciones más graves del DIH en el contexto de un conflicto armado, ya éste de índole internacional o no internacional.

No existe, en las disposiciones convencionales vinculadas al DIH, una definición de la expresión "conflicto armado". Sin embargo, ha sido el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia el que se ha aproximado sustancialmente a una definición de esta expresión en su sentencia de 7 de mayo de 1997 (caso Prosecutor Vs Tadic). En ella el Tribunal ha señalado que existe conflicto armado cuando "se recurre a la fuerza entre estados o hay una situación de violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado"

Sin embargo, no debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 8.2.f del ER quedan fuera de la definición de crímenes de guerra, o delitos contra el DIH, aquellas conductas que, en otros contextos de violencia (por ejemplo, disturbios interiores o tensiones internas) pudieran tener lugar, al no poder calificar los mismos como contextos de conflicto armado, encontrándose por lo mismo por debajo del umbral del DIH.

2.4.3.1. Concepto de conflicto armado y su distinción de los disturbios y tensiones internas

Siguiendo la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, estamos ante un conflicto armado en el supuesto de que exista violencia armada prolongada entre actores diferentes (estatales o no estatales)[345]. Como lo señaló la sala de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el Caso *Tadic*:

> ...we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.

344 Cfr. SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Encuentros y desencuentros. El Perú y el Derecho internacional humanitario. Lima: PUCP, 2001, p. 66. SWINARSKI, Christophe. Op. Cit., p. 23-57. De cualquier manera se reconoce, materialmente, la necesidad de extender la aplicación del artículo 3 Común de los cuatro Convenios de Ginebra a las situaciones de tensiones internas y disturbios internos. Al respecto ver SALMON GARATE, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario, Op. Cit., pp. 164-165.

345 TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Caso Tadic. Appeals Chamber. Decision on The Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, párrafo 70. Similar criterio tuvo la sala de juicio en el mismo caso: Judgement 7 de mayo de 1997 (it-94-i-it) párrafo 561. Cfr. También: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Caso Akayeshu, Trial Chamber, Judgement 2 de setiembre de 1998 ICTR-96-4-T, párrafos 620 y 625.

En este sentido, para poder diferenciarlo de la criminalidad común, de las insurrecciones desorganizadas y efímeras o actividades terroristas es preciso evaluar la intensidad del conflicto y la organización de las partes[346].

Existen dos categorías de alteraciones de la paz interna que, por su intensidad, no llegan a constituir conflicto armado, a saber: los *disturbios interiores* y las *tensiones internas.*

Las tensiones internas no presentan enfrentamientos violentos, aunque se trata de situaciones de grave tensión en un Estado. Suelen caracterizarse por presentar arrestos en masa, elevado número de detenidos políticos, probables malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de las garantías judiciales fundamentales, denuncias de desaparición forzada de personas[347].

En un nivel un poco más elevado de violencia, pero sin llegar a ser un conflicto armado, se encuentran los disturbios interiores. Ello se presenta al existir una situación de profunda alteración al interior de un Estado, presentándose actos de violencia a raíz de eventuales protestas (u otro tipo de actos declamatorios) por parte de grupos o sectores contra los gobiernos establecidos (o entre dichos grupos y sectores), y frente a los cuales podría se necesaria la intervención de la fuerza pública[348].

2.4.3.2. El marco temporal del conflicto armado

En cuanto al marco temporal es útil el artículo 3, inciso b, del Protocolo Adicional I de 1977, el cual señala que la aplicación de los Convenios de Ginebra cesará al término general de las operaciones militares y, en caso de territorios ocupados, al término de la ocupación.

El artículo reseñado también establece que aún cuando las operaciones militares hubieran concluido, las normas del DIH siguen rigiendo para las personas cuya liberación definitiva, repatriación o reasentamiento tengan lugar posteriormente.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, la aplicación temporal del DIH se extendería incluso luego del cese de las hostilidades, exigiéndose se alcance una "conclusión general de la paz" y en caso de conflictos armados de índole no internacional, exigiría un "arreglo pacífico"[349].

2.4.3.3. El marco geográfico

En cuanto al marco geográfico de un conflicto armado, no es necesario que todos los crímenes deban cometerse en la región geográfica exacta donde se lleva a acabo el conflicto. Así lo señaló el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en el Caso *Blaskic*:

346 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Caso Akayeshu, Trial Chamber, Judgement 2 de setiembre de 1998 ICTR-96-4-T, pars 620, 625; TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Caso Tadic. Trial Chamber, Judgement 7 de mayo de 1997 (it-94-i-it), par, 562; Caso Musema, Judgement 27 enero 2000 ICTY-96-13-T, párrafo 256.

347 Cfr. SWINARSKI, Op. Cit. p. 59. Véanse también: COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA e INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Actas de la Reunión de Expertos 'el uso de la fuerza y la protección de las personas en situaciones de disturbios interiores y tensiones internas en América Latina y el Caribe. Lima, 13 – 14 de junio de 2005.

348 Cfr. Ibid.

349 International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there Tadic. Appeals Chamber. Decision On The Defence Motion For Interlocutory Appeal On Jurisdiction, parrafo 70.

> 69. In addition to the existence of an armed conflict, it is imperative to find an evident nexus between the alleged crimes and the armed conflict as a whole. This does not mean that the crimes must all be committed in the precise geographical region where an armed conflict is taking place at a given moment. To show that a link exists, it is sufficient that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict[350].

Ante tal criterio jurisprudencial basado en el conflicto armado ocurrido en el territorio de la ex Yugoslavia, (de extensión relativamente pequeña) cabe oponer lo señalado por Kai AMBOS:

> ...cabría preguntarse si esta determinación considerablemente liberal de los requisitos geográficos puede transferirse a grandes Estados Federales como Estados Unidos, México o Brasil. En otras palabras, si hubiera un conflicto armado en uno de los estados de estas federaciones, ¿llegaría a convertirse éste en un conflicto armado en todo el Estado Federal? Supongamos (...) que la situación en el estado mexicano de Chiapas llegara a ser un conflicto armado en el sentido del derecho humanitario ¿podríamos decir en tal caso que en todo México existe un conflicto armado? Mi respuesta sería negativa y mi argumento principal sería que Chiapas es una parte demasiado pequeña de México para afirmar que todo el país se encuentra en una situación de conflicto armado[351].

2.4.3.4. Distinción entre conflicto armado internacional (CAI) y conflicto armado no internacional (CANI)

En un principio, los crímenes de guerra estaban referidos a infracciones graves al DIH que tenían lugar únicamente en el marco de un conflicto armado internacional[352]. Sin embargo, como ya se ha adelantado, el Estatuto de Roma marcó la pauta convencional al definir también como crímenes de guerra aquellas graves violaciones al DIH cometidas en el marco de conflictos armados de índole no internacional, siguiendo la línea establecida en el artículo 4 del Estatuto del TPR[353].

Siguiendo esta línea, todos los crímenes de guerra tipificados en la propuesta normativa peruana (bajo la denominación de delitos contra el DIH), son susceptibles de ser calificados como tal por el juez, independientemente de que hayan sido cometidos en el marco de un conflicto armado internacional o uno de índole no internacional, esto, a excepción de los tipos penales previstos en el artículo 19 de la propuesta normativa, que, por su propia naturaleza, sólo podrán ser cometidos en el marco de un conflicto armado internacional.

Los supuestos de conflicto armado internacional están expresados en el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Conforme a dicho artículo constituyen este tipo de conflicto armado los siguientes supuestos: 1) El enfrentamiento entre "*dos o varias altas partes contratantes aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra*" 2) Los casos de ocupación total o parcial de territorio "*de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar*". Asimismo, el articulo 1 del Protocolo Adicional I de 1977 añade un tercer supuesto, relativo a 3) "*los conflictos armados en*

350 Caso Blaskic. Judgment, 3 de marzo de 2000, IT-95-14-T, párrafo 69.
351 AMBOS, Kai. Los crimenes del nuevo Derecho Penal Internacional. Op. Cit., p. 86.
352 Cfr. Primer Convenio de Ginebra (articulos 49 y 50), Segundo Convenio de Ginebra (artículos 50 y 51), Tercer Convenio de Ginebra (articulos 129 y 130) Cuarto Convenio de Ginebra (artículos 146 y 147) Primer Protocolo adicional (artículos 11, 85 y 86).
353 Cfr. PIGNATELLI Y MECA, Fernando. "Los crímenes de guerra en el estatuto de la Corte Penal Internacional". En: RAMÓN CHOMET, Consuelo (Coordinadora) El derecho internacional humanitario ante los nuevos conflictos armados. Valencia: Tirant, 2002. p. 251.

los que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio de los pueblos a la libre determinación".

A diferencia de estos supuestos, un conflicto armado de índole no internacional supone el enfrentamiento, al interior de un Estado, entre grupos alzados armas y las fuerzas armadas (o públicas) de un Estado, o entre dichos grupos. En este sentido, uno de los elementos diferenciadores entre un CAI y de un CANI es, precisamente, el tipo de sujetos que se enfrentan[354].

2.4.4. El 'sujeto activo' en los delitos contra el derecho internacional humanitario

Los tipos penales establecidos en la propuesta normativa peruana relativos a delitos contra el DIH no establecen expresamente una calidad especial del sujeto activo. En ese sentido se trata de delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona. Efectivamente, las disposiciones emplean la fórmula general "el que" la misma que no determina un ámbito especial de sujetos infractores. De la misma idea es la profesora SALMÓN cuando señala:

> Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, las violaciones del DIH pueden ser cometidas por cualquier persona (o grupo de personas), es decir que los eventuales autores no han de reunir o poseer ninguna condición especial, por cuanto se trata de prohibir actos que atentan contra principios esenciales de humanidad[355].

DÖRMANN nos recuerda igualmente que de acuerdo con el TPEY (Caso *Delalic*) y algunos precedentes de los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial no resulta necesario que los potenciales perpetradores sean parte de las fuerzas armadas o tengan la calidad de combatientes en los términos de los Convenios de Ginebra para ser culpables de cometer crímenes de guerra[356].

Desde la perspectiva asumida, entonces, no es necesario, aunque sean los casos más frecuentes, que los perpetradores hayan tomado o tomen parte directa en las hostilidades[357]. En consecuencia, serán sujetos activos de los delitos contra el DIH aquellos que, participando directamente, o no, en las hostilidades realizan, en determinado momento, conductas prohibidas por el DIH. Un ejemplo claro e inequívoco de delitos contra el DIH que pueden ser cometidos por personas que no necesariamente toman parte directa en las hostilidades son los tipificados en el artículo 16 de la propuesta normativa.

Cabe señalar, sin embargo, que existen en la propuesta normativa algunos tipos de delitos que, excepcionalmente, acotan en alguna medida el ámbito de sujetos infractores. Nos referimos al delito tipificado en el inciso 2 del artículo 19 de la propuesta normativa cuando hace referencia a la calidad

354 Cfr. SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Op. Cit., pp. 113- 114.

355 Ibid. Loc. Cit., p. 129, "(...) las normas humanitarias no sólo se dirigen a los miembros de las fuerzas armadas o de los grupos, sino también a aquellos que les brindan apoyo. En efecto, todos los que actúan en nombre de una parte, incluyendo a todo el personal del Estado, deben cumplir con el DIH en el ejercicio de sus funciones (...)".

356 DÖRMANN, Knut. Elements of War Crimes. ICRC, 2002, pp. 34 - 35.

357 Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Caso Musema ICTR-96-13/T) por participación directa en las hostilidades debe entenderse la producción de actos que están encaminados a causar un daño real y material al enemigo, lo que permitiría entender como participación directa también el caso de civiles que portan armas para cometer actos de violencia contra fuerzas enemigas (ver SALMON, Elizabeth. Introducción al Derecho Internacional Humanitario. Op. Cit. p. 127). De cualquier modo se trata de un concepto de difícil precisión y actualmente en debate. En ese sentido ver: COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Participación directa en las hostilidades con arreglo al derecho internacional humanitario. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, septiembre de 2003.

de "miembro de una potencia ocupante" o al delito regulado en el inciso 6 del artículo 25 cuando exige que se trate de un "superior" jerárquico. Un supuesto especial lo constituye el delito de abolición de derechos y acciones (artículo 22) que presupone, materialmente, una persona con autoridad y competencia suficiente para abolir o suspender derechos de las personas[358].

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que se trata de delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona pero siempre en relación con un conflicto armado de índole internacional o no internacional. Es precisamente este elemento, específicamente resaltado por el Estatuto de Roma, el que permite una distinción entre los delitos contra el DIH y las conductas delictivas ordinarias[359]. La Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia exige también un *"nexo evidente entre los supuestos crímenes y el conflicto armado en conjunto"*[360]. Ello significa, en los términos del referido Tribunal, que los crímenes deben estar estrechamente relacionados con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto[361]. Esta conexión o estrecha relación entre el acto individual y el contexto no sólo debe determinarse de forma objetiva (con ocasión del conflicto armado) sino que se expresa esencialmente analizando la actitud del perpetrador hacia el delito.

Desde esta última perspectiva, y siguiendo a AMBOS, debe señalarse que si el autor actúa con independencia del conflicto armado, prescindiendo de él o no sabe que éste ocurre, entonces el delito no se lleva a cabo en relación con un conflicto armado y no configura un delito contra el DIH. En cambio, si el autor actúa con conciencia del conflicto armado en curso y aprovechándose de él o beneficiándose del mismo entonces tal conciencia es el vínculo entre el delito cometido y el conflicto armado, configurando un delito contra el DIH.[362] Debe indicarse en este punto que por conciencia de un conflicto armado debe entenderse, como lo hacen los Elementos de los Crímenes de competencia de la CPI (art. 8. Introducción), el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado.

Con respecto a la autoría y la participación, un aspecto importante que debe tenerse en cuenta es no confundir los términos "participación directa o no directa en las hostilidades" en tanto sujetos activos o autores de los delitos contra el DIH de los supuestos de participación principal (autoría) o accesoria (cómplices o instigadores) en los actos individuales que configuran los delitos contra el DIH. Con relación a estos últimos, la diferenciación entre autores y cómplices o instigadores, debe aplicarse las disposiciones de la parte general del Código Penal.

358 En semejante sentido el delito tipificado en el artículo 16 inciso 8 de la propuesta normativa.
359 DÖRMANN, Knut. Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Cambridge: CICR y Cambridge University Press, 2003, p. 19.
360 Prosecutor v. Blasic. Tomado de AMBOS, Kai. Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Op. Cit., p. 331.
361 Ibid.
362 AMBOS, Kai. Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Op. Cit., p. 334.

2.4.5. Análisis de las propuestas de delitos contra personas protegidas por el derecho internacional humanitario

2.4.5.1. Categorías de personas protegidas por el derecho internacional humanitario

Art. 20.- Personas protegidas por el DIH
Son personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario

1. En el marco de un conflicto armado internacional, las personas protegidas por los convenios de Ginebra I, II, III y IV, de 12 de agosto de 1949, el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977.

2. En un conflicto armado no internacional, las personas que ameritan protección según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y, en su caso, el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977.

3. En conflictos armados internacionales y no internacionales, los miembros de las fueras armadas y las personas que participan directamente en las hostilidades de la parte adversa y que han depuesto las armas o de cualquier otro modo de encuentran indefensas.

La mayor parte de los tipos penales contemplados en la propuesta normativa establecen como sujeto pasivo del delito a las personas protegidas por el DIH, por lo que resulta pertinente proceder a definir esta categoría de personas. Para el supuesto de un conflicto armado internacional, se considerarán personas protegidas, aquellas contempladas en los Convenios de Ginebra I, II, III y IV, esto es, para el caso del Convenio I: *los heridos y enfermos*, conforme al Convenio II: *los náufragos*, conforme al Convenio III, *los prisioneros de guerra* y conforme al Convenio IV, *los civiles.*

Debe agregarse también que, conforme al inciso 3 del artículo 20 de la propuesta normativa serán también protegidas en el marco de un conflicto armado internacional o de índole no internacional las personas que participan directamente en las hostilidades de la parte adversa y que han depuesto las armas o de cualquier otro modo se encuentran indefensas. Esta última categoría de personas protegidas se deriva del artículo 23 c de la Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (la Haya- 1907) y del artículos 8. 2 b 6 del Estatuto de Roma.

Para el caso de un conflicto armado de índole no internacional, conforme al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, son protegidas las personas que no participan directamente de las hostilidades y las personas que, habiendo participado de las hostilidades hayan depuesto las armas o se encuentren fuera de combate. De este modo, resultan protegidas las mismas categorías de personas protegidas en el conflicto armado internacional, aunque bajo un enunciado más amplio.

Así, en este último caso, resultan también protegidos los heridos y enfermos, los náufragos y civiles en tanto personas que no participan directamente de las hostilidades o habiendo participado de ellas, han

depuesto las armas o se encuentran fuera de combate. Asimismo, en estricta relación con las conductas prohibidas por el artículo 3 común, estarán también protegidas las personas privadas de libertad a raíz del conflicto armado.

Seguidamente, procedemos a definir las principales categorías de personas protegidas por el DIH:

2.4.5.1.1. Heridos y enfermos

Los heridos y enfermos son personas protegidas por el DIH conforme al Convenio I de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977. Mediante el Protocolo Adicional I de 1977 se suprimió toda diferencia entre militares y civiles por cuanto todos éstos, en su condición de heridos o enfermos, gozan de protección.

La definición de heridos y enfermos está contemplada en el Protocolo Adicional I (artículo 8). Conforme al citado instrumento internacional, se entiende por heridos y enfermos las personas que, debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos o incapacidades de orden físico o mental, tengan la necesidad de asistencia o cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad. Estos términos son también aplicables a las parturientas, a los recién nacidos y a otras personas que puedan estar necesitadas de asistencia o cuidados médicos inmediatos como los inválidos y las mujeres embarazadas, y que se abstengan de todo acto de hostilidad.

2.4.5.1.2. Náufragos

Conforme al Convenio I de Ginebra de 1949 (artículo 8) se entiende por náufragos a las personas, sean militares o civiles, que se encuentren en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que las afecte o afecte la nave o aeronave que las transportaba, y que se abstenga de todo acto de hostilidad. Estas personas, siempre que sigan absteniéndose de todo acto de hostilidad, continuarán considerándose náufragos durante su salvamento, hasta que adquieran otro estatuto.

2.4.5.1.3. Prisioneros de guerra

Los prisioneros de guerra vienen a ser aquellos combatientes que, en el marco de un conflicto armado internacional, caen en poder de la parte adversa. Los supuestos de prisioneros de guerra están previstos en el artículo 4 del Convenio III de Ginebra de 1949:

1. Los miembros de las fuerzas armadas de las partes en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas.
2. Los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos en los movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las partes en conflicto
3. Los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un gobierno o una autoridad no reconocidos por la potencia detenedora
4. Las personas que sigan a las fuerzas armadas pero sin formar realmente parte integrante de ellas (los miembros civiles de las tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, etc.)
5. Los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos, los grumetes.
6. La población de un territorio ocupado que tome espontáneamente las armas para combatir

contra tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares (siempre que lleven las armas a la vista y respeten las leyes y costumbres de la guerra).

El literal B del artículo 4 del Convenio III de Ginebra de 1949 establece que se beneficiarán también de trato de prisioneros de guerra:

> 1. Las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado, si, por razón de esta pertenencia, la Potencia ocupante, aunque inicialmente las haya liberado mientras proseguían las hostilidades fuera del territorio que ocupa, considera necesario internarlas, especialmente tras una tentativa fracasada de estas personas para incorporarse a las fuerzas armadas a las que pertenezcan y que estén combatiendo, o cuando hagan caso omiso de una intimación que se les haga por lo que atañe a su internamiento;
> 2. Las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas (...) que hayan sido recibidas en su territorio por Potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, sin perjuicio de un trato más favorable que dichas Potencias juzguen oportuno concederles (...).

2.4.5.1.4. Población civil

De acuerdo al artículo 50 del Protocolo Adicional I de 1977, la población civil es la que está comprendida por personas civiles. Asimismo, la definición de persona civil establecida en el referido artículo 50 es una definición por negación, la cual incluye a todas aquellas personas no contempladas en la definición de *fuerzas armadas*, establecida en el artículo 43 del mismo Protocolo, ni a determinadas categorías de prisioneros de guerra previstas en el artículo 4 literal A del Convenio III de Ginebra de 1949, incisos 1, 2, 3 y 6.

Según la definición sobre *fuerzas armadas*, prevista en el artículo 43 del Protocolo Adicional I de 1977:

> Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa.

Aparte de las *fuerzas armadas*, debe apreciarse dentro del concepto de personas excluidas de ser consideradas civiles (conforme al mencionado artículo 50 de Protocolo Adicional I de 1977) las categorías de prisioneros de guerra establecidos en el referido artículo 4 literal A del Convenio III de Ginebra de 1949, incisos 1,2,3,y 6. Los incisos 1 y 3 se refieren a los miembros de las fuerzas armadas, lo que no añade nada a la definición expuesta de personas civiles. Sí resultan, en cambio, de utilidad para delimitar el concepto de personas civiles las categorías de prisioneros de guerra establecidas en los incisos 2 y 6. Así, conforme al artículo 4.A.2 del Convenio III, tampoco podrán ser considerados civiles:

> (...) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto (...)

Siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados.
b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia.
c) llevar las armas a la vista.
d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

El inciso 6 del artículo en cuestión también resulta útil para delimitar el concepto de población civil. De acuerdo con este texto no serán considerados civiles la población de un territorio no ocupado que, al acercarse al enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin que sea preciso que hayan tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares.

2.4.5.2. Tipos penales

2.4.5.2.1. Homicidio intencional

> *Artículo 16º.- El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional realice cualquiera de las siguientes conductas:*
>
> *1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.*

Se trata de una conducta que se asemeja a la tipificada en el artículo 106 del Código Penal peruano, con la diferencia del contexto (un conflicto armado) y la especial protección del sujeto pasivo del delito (persona protegida por el DIH). No todo homicidio cometido durante la vigencia de un conflicto armado será calificado como delito contra el DIH, para lo cual es necesario (aparte de la calidad de sujetos pasivos y activos establecida en el tipo) que el homicidio se produzca en violación del DIH. Esta afirmación se condice perfectamente bien con la naturaleza del bien jurídico que hemos reconocido en estos tipos de delitos.

Respecto del tipo subjetivo, conforme al artículo 12 del Código Penal peruano se requiere dolo. Esto supone, de acuerdo con la concepción doctrinal y jurisprudencial dominante, el conocimiento y voluntad de la realización de los elementos del tipo objetivo. Sin embargo, dado que el Código Penal no define un concepto de dolo nada impide un cambio jurisprudencial respecto del contenido del dolo. En ese sentido, las modernas concepciones cognitivas del dolo (aquellas que exigen esencialmente la presencia del conocimiento del riesgo y el elemento volitivo sólo viene configurado por la decisión de continuar con la conducta riesgosa) se aproximan de mejor manera a la definición de intencionalidad que establece el Estatuto de la CPI (Art. 30)[363].

---

363 Un análisis breve pero completo de las tesis normativas y esencialmente cognitivas del dolo lo encontramos en FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. El dolo eventual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

En cualquier caso, tal como señala Fernando PIGNATELLI y MECA, debe quedar enmarcado en el dolo del autor la condición de persona protegida que ostente la víctima[364], así como el contexto de conflicto armado.

2.4.5.2.2. Toma de rehenes

Artículo 16°.- El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional realice cualquiera de las siguientes conductas:
(...)
2. Tome como rehén a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

El artículo 34 del Convenio IV de Ginebra de 1949 prohíbe la toma de rehenes y el artículo 147 establece su previsión como infracción grave merecedora de sanción penal, sin embargo, no la define. Del mismo modo, el Estatuto de Roma tipifica la toma de rehenes como crimen de guerra (artículos 8, 2, a viii y 8, 2, c, iii) pero tampoco la define.

La toma de rehenes ha sido definida por el artículo 1 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes[365], la cual nuestro país aprobó mediante Resolución Legislativa N. 27457 y ratificó mediante Decreto Supremo N. 045-2001-RE. Sin embargo, al momento de hacerse Parte de la referida Convención nuestro país efectuó reserva respecto del artículo que define la toma de rehenes.

Aparte de la citada Convención no hay otro instrumento internacional que defina la toma de rehenes. Sin embargo, el concepto de toma de rehenes ha ido siendo definido a través de la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Según la definición de toma de rehenes que se manejó en el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, las víctimas eran población civil. Así en el caso List se definió a los rehenes como:

> Those persons of the civilian population who are taken into custody for thepurpose of guaranteeing with their lives the future good conduct of the population of the community from whish they are taken[366].

Asimismo, conforme al Estatuto del TPEY (artículo 2.h) se previó como delito la toma de rehenes, sin especificar el contenido de la conducta[367]. Sin embargo, se determinó en el caso Blaskic que la toma de rehenes a veces podía incluir la amenaza de muerte hacia la víctima[368].

De cualquier manera, el artículo 1 de la propuesta normativa establece la aplicación supletoria, en lo que corresponda, de las disposiciones de los "elementos de los crímenes", complementarios al Estatuto

364 PIGNATELLI y MECA, Fernando. Op. Cit, pp. 247-248.

365 "Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará "el rehén") o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención".

366 Ver: TRIBUNAL DE NUREMBERG. Estados Unidos v. Wilhelm List y otros. 1948. http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List1.htm. Citado por DORMANN, Kunt. Op. Cit. p. 126.

367 Art. 2(h) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.- taking civilians as hostages"

368 Cfr. Caso Blaskic (IT-95-14-T) judgement, párrafo 158.

de Roma. Este texto coincide con la definición establecida en la Convención Internacional contra la toma de rehenes, según la cual el delito de toma de rehenes exige 1) haber capturado, detenido o mantenido en calidad de rehén a una o más personas 2) que el autor haya amenazado con matar, herir o mantener detenida a esa persona 3) que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado a una organización internacional, una persona natural o jurídica a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas.

Es importante señalar que esta tipificación no impide la actuación legítima del Estado de detener, procesar y eventualmente condenar a penas privativas de la libertad a personas por infringir la ley penal interna. En estos casos, como resulta evidente, no existe el elemento extorsivo que exige el tipo penal que comentamos.

En lo que respecta al tipo subjetivo, aparte del dolo, que se deduce de la ausencia de indicativos de conducta culposa (conforme al artículo 12 del Código Penal peruano), existe un elemento adicional, consistente en la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas tomadas en condición de rehén. Se trata, en consecuencia, de un delito de tendencia interna trascendente.

2.4.5.2.3. La tortura, los tratos crueles, inhumanos, degradantes y humillantes

Artículo 16º.- El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional realice cualquiera de las siguientes conductas:
(...)
3. Trate de forma cruel o inhumana a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario causándole dolor o daños físicos o mentales, en especial torturándola, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.
(...)
9. Trate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario de forma gravemente humillante o degradante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

En primer lugar, es de resaltarse que los textos que se comentan contienen tres modalidades delictivas: tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes. Estas modalidades tienen en común el hecho de tratarse de conductas que afectan la integridad física, psicológica o moral de la víctima y, en ese sentido, atacan el núcleo esencial de la dignidad humana.

Sin embargo, la diferenciación de estas modalidades no es un asunto pacífico, ya que no se trata de compartimientos estancos, entre los que exista una línea divisoria clara.[369] Así, es posible observar que determinadas conductas que en su momento fueron consideradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como tratos inhumanos, (por ejemplo las llamadas "cinco técnicas de privación sensorial")

369 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes". En: ARARTEKO. La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos. Colección Jornadas sobre Derechos Humanos N. 7. Ararteko, 2003, p. 121.

coinciden con determinadas conductas que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado como ejemplos de tortura[370]. Y es que, "*los otros tratos*", concepto que comprende a los tratos crueles, inhumanos o degradantes, carecen de desarrollo autónomo respecto del concepto de tortura[371].

Si bien para efectos del DIDH esta distinción tiene ciertamente una relevancia limitada, dado que todas estas conductas se encuentran del mismo modo prohibidas en dicha normativa[372] y, en tal sentido, significan responsabilidad internacional para el Estado, cosa distinta ocurre en el caso de la propuesta normativa peruana, la cual prevé consecuencias jurídicas distintas para cada uno de estos actos.

Estas conductas delictivas corresponden a las descritas en el Estatuto de Roma en los artículos 8,2.a,ii "*Someter a tortüra o a otros tratos inhumanos...*", 8,2.a.iii "*infligir deliberadamente grandes sufrimientos*". 8,2,c,i "*Actos de violencia contra la vida y la persona, en particular (...) y la tortura*" *y el artículo 8,2,c,ii* "*Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes*", el artículo 8,2.b,xxi "*Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes*".

Conforme al artículo 1, párrafo segundo, de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, *"la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante"*. (Resolución N° 3452 (XXX) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 9 diciembre de 1975). Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N 1429-2002-HC/TC, asumió dicha distinción, citando el criterio asumido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Caso Irlanda vs. Reino Unido.

En este sentido, no existiendo en las normas de carácter internacional o interno, definiciones expresas del modo cómo se pueden llevar a cabo actos crueles, inhumanos, humillantes o degradantes, sino solamente la tortura, la cual, según lo dicho constituye un supuesto agravado de los mismos, comenzaremos por definir en primer lugar la tortura, delito que ya tiene una definición típica en nuestro ordenamiento jurídico y en la CIPST, para luego proceder a describir el delito de tratos inhumanos y posteriormente los tratos humillantes y degradantes.

370 Cfr. O´DONNEL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Lima: CAJ, 1989, p. 76. Una muestra de ello puede verse en el Informe Sobre La Situación De Los Derechos Humanos en La Republica de Colombia, en el que se considera como ejemplos de tortura: "Plantones al sol en el día y al sereno en la noche"; "ahogamientos y sumergimiento en agua"; "aplicación del 'submarino'"; "venda en los ojos hasta por doce, diecisiete y veinte días"; "vendado y amarrado por cuarenta y siete días en Cimitarra"; "sometimiento a golpes en diversas partes del cuerpo con palos y patadas"; "impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo"; "amenazas de muerte al detenido, a la familia y a amigos"; "colgaduras atados de las manos"; "prohibición de agua y alimento hasta por cuatro, siete y ocho días seguidos"; "simulacro de dispararles en la cabeza"; "esposados de las manos"; "tortura de otras personas cerca de la celda para que se escucharan los gritos"; "incomunicación"; "aplicación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo"; "ejercicios hasta el agotamiento"; "permanencia desnudos y de pie"; "provocación de asfixia"; "lavadas"; "caminar de rodillas"; "torturas sicológicas"; "sumergimiento amarrados en un lago"; "quemaduras con cigarrillos"; "sacar al detenido a los allanamientos y utilizarlo como 'chaleco anti-balas', esposado y vendado"; "simulacros de fusilamientos mientras estaba colgado de un árbol"; "introducción de armas en la boca"; "rotura de nervios como consecuencia de colgamientos"; "desnudo y sumergido en un río"; "negativa de asistencia médica para embarazo"; "fractura de costillas"; "amarrado, vendado, a veces permanentemente, golpeado con un leño, patadas"; "herida con arma de fuego por la espalda en el sitio de reclusión"; "amenaza de traer a sus familiares para torturarlos en su presencia"; "contemplación de las torturas a otras personas"; "hacerlos creer que otros sindicados por los mismos hechos lo habían señalado como participante"; "pinchazos en varias partes del cuerpo con alfileres"; "interrogatorios continuos y escritos obligados en que decía que había participado en el asalto".

371 GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: Estudios constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Vol 4. Año 4. Número 002.

372 O´DONNEL, Daniel. Op. Cit., p. 78.

2.4.5.2.3.1. Tortura

A diferencia del artículo 321 del Código Penal peruano, la tortura como delito contra el DIH (art. 16 inciso 3 de la propuesta normativa) contempla sólo una modalidad. Nos referimos a aquella práctica que supone causar grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a la persona protegida por el DIH. Esta interpretación se hace teniendo en consideración los comentarios elaborados por los Elementos de los Crímenes al artículo 8. 2) a) ii)- 1 del Estatuto de Roma, disposición esta última que ha servido de fuente al texto de dicha propuesta.

A diferencia de este texto, el artículo 321 de nuestro Código Penal peruano establece dos conductas alternativas:

1) Infligir dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales,
2) Someter a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica.

Esta definición coincide con la definición de tortura establecida en la CIPSST. Cabe señalar que se trata de una definición más completa que la expuesta por los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la CPI, los cuales, como hemos mencionado, sólo incluyen la primera conducta. Sin embargo, no debe desconocerse que la segunda modalidad de conductas (someter a condiciones y métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental) puede ser subsumida en otros delitos contra el DIH, por ejemplo, en el tipo de injusto contenido en el artículo 16, inciso 7, de la propuesta normativa (delito de sometimiento a experimentos médicos no consentidos).

Respecto del tipo subjetivo, al no indicarse nada respecto de conductas imprudentes, se entiende que se trata de un tipo doloso, conforme al artículo 12 del Código Penal peruano. Sin embargo, aunque el texto no lo señale expresamente, los Elementos de los Crímenes, complementarios al Estatuto Roma, incluyen un elemento subjetivo adicional (trascendente): que el autor haya causado dolores o sufrimientos graves con la finalidad de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón fundada en discriminación de cualquier tipo. Este requisito adicional al dolo se encuentra presente en el artículo 321 de nuestro Código Penal, así como en los instrumentos Internacionales que definen la tortura[373].

Se trata entonces de un delito de tendencia interna trascendente, específicamente de un delito cortado de resultado[374]. Asimismo, es de observarse que la fórmula prevista en el artículo 321 del Código Penal resulta restrictiva, toda vez que no permitiría abarcar otras formas de tortura en las que no esté involucrada alguna de las finalidades descritas en dicho tipo penal. Por ejemplo, aquel acto de inflingir dolores físicos a la víctima con el sólo fin de acreditar la mayor fuerza de los agentes de seguridad[375].

Sin embargo, en el caso de la "tortura" como delito contra el DIH, al no estar definida la conducta, el concepto puede ser complementado con la definición establecida por los Elementos de los Crímenes o

373 Véase la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, donde se señala: "con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras". En el mismo sentido, la CCT señala: "con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación". Por su parte, la CIPST señala: "con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin".

374 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. El delito de tortura...Op. Cit., p. 26.

375 Ibid. Loc. Cit., p. 27.

por los instrumentos internacionales antes reseñados, en especial, la CIPST, los mismos que contienen finalidades especiales pero añaden una cláusula abierta que permite incluir cualquier otro fin que contenga criterios discriminatorios.

2.4.5.2.3.2. Tratos crueles e inhumanos

Como ha sido puesto de manifiesto en los párrafos precedentes, la tortura constituye una forma agravada de los tratos crueles e inhumanos. Como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 1429-2002-HC/TC el trato inhumano o cruel se comete a través de:

> ...aquellos actos que "producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces de importancia", que, empero, no llegan al extremo de la tortura.

En este sentido, teniendo en cuenta el texto de la propuesta normativa y desde una perspectiva objetiva, no existe diferencia cualitativa sino cuantitativa entre la tortura y los tratos inhumanos. En ambos casos se exige causación de dolores, sufrimientos o daños graves contra la persona, pero en el caso de los tratos inhumanos se trata de dolores o daños menos intensos que la tortura.

Respecto del tipo subjetivo, el texto de la propuesta normativa sólo contempla expresamente el dolo. Sin embargo a diferencia de la tortura, los Elementos de los Crímenes no contienen la exigencia de un elemento subjetivo adicional al dolo. En otras palabras, conforme a dicho documento, las finalidades especiales que contiene la tortura no las contienen los tratos inhumanos. Por su carácter agravado, se justifica que la tortura lleve ínsito un elemento adicional.

2.4.5.2.3.3. Tratos humillantes y degradantes

El texto de la propuesta normativa no hace referencia a los medios comisivos de los tratos humillantes y degradantes. En efecto, el texto de los tipos penales establecidos en el Estatuto de Roma relativos a la criminalización de los tratos humillantes y degradantes no define los mismos:

> Los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes [artículo 8,2,c,ii] y Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes [artículo 8,2.b,xxi].

Los tratos humillantes y degradantes son concebidos como un ataque directo contra la dignidad de la persona humana. Del mismo modo, la fuente directa de la referida regulación del Estatuto de Roma, el artículo 75,2.b del Protocolo Adicional I considera los tratos humillantes y degradantes como una forma de atentados contra la dignidad. Es por ello que los Elementos de los Crímenes exigen para ambas conductas:

> Que el trato humillante o degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como atentado contra la dignidad personal.

El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, en el Caso Aleksovski definió los ataques contra la dignidad humana en los siguientes términos:

> 55. To determine the elements of the offence of outrages upon personal dignity within Article 3 of the Statute, the Trial Chamber must look at which acts constitute the *actus reus* (the act or omission) of the offence and what is the requisite degree of *mens rea* (necessary intent). The four Geneva Conventions themselves do not expound on these questions; however, the Commentaries prove to be more helpful by providing that "outrages upon personal dignity refer to acts which, without directly causing harm to the integrity and physical and mental well-being of persons, are aimed at humiliating and ridiculing them[376].
>
> 56. An outrage upon personal dignity is an act which is animated by contempt for the human dignity of another person. The corollary is that the act must cause serious humiliation or degradation to the victim. It is not necessary for the act to directly harm the physical or mental well-being of the victim. It is enough that the act causes real and lasting suffering to the individual arising from the humiliation or ridicule (...)

Tal definición se condice con la que ha utilizado nuestro Tribunal Constitucional, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Tyrer) y estableciendo que:

> ...se entiende como "trato degradante" "aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad capaces de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral". En este caso, colegimos que se habla de un trato que erosiona la autoestima y, más exactamente, de un trato incompatible con la dignidad de la persona: un trato indigno (Exp. N. 1429-2002-HC/TC, Fund 6).

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional procede a comparar el contenido de la conducta exigida para el trato inhumano con la conducta propia de trato degradante:

> En consecuencia, el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad; y se estará ante un trato degradante si la ejecución de la pena y las formas que ésta revista, traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena. (Exp. N. 1429-2002-HC/TC, Fund 7).

En este sentido, la conducta típica de este delito consistirá en cualquier conducta capaz de crear en la víctima sentimientos de temor, angustia y de inferioridad.

376 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Caso Aleksovski. Trial Chamber, judgement, párrafo 55.